

4-24-5-

CODIGO CIVIL



4

66140

7-24-14 Reg. Abril 14/96

EXPLICACION DOCTRINAL Y PRACTICA

DEL LIBRO III

DEL

CODIGO CIVIL

CON INDICACION DE LOS PRECEDENTES HISTÓRICOS
DEL DERECHO DE CASTILLA Y DE LAS ESPECIALIDADES
DE LAS LEGISLACIONES FORALES

por el

DR. D. LORENZO GALINDO PARDO

PROFESOR AUXILIAR NUMERARIO
DE LA FACULTAD DE DERECHO EN LA UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



SALAMANCA

Establecimiento tipográfico LA NUNYA ALDINA

4 y 6, Leones, 4 y 6

1896



4
193

EXPLICACION DOCTRINAL Y PRÁCTICA

DEL

LIBRO III DEL CODIGO CIVIL



EXPLICACION DOCTRINAL Y PRÁCTICA

DEL LIBRO III

DEL

CODIGO CIVIL

CON INDICACION DE LOS PRECEDENTES HISTÓRICOS
DEL DERECHO DE CASTILLA Y DE LAS ESPECIALIDADES
DE LAS LEGISLACIONES FORALES

por el

DR. D. LORENZO GALINDO PARDO

PROFESOR AUXILIAR NUMERARIO
DE LA FACULTAD DE DERECHO EN LA UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



SALAMANCA

Establecimiento tipográfico LA NUEVA ALDINA

4 y 6, Leones, 4 y 6

1896

Regalo á la biblioteca
universitaria de Salamanca
Al autor

Es propiedad del Autor.

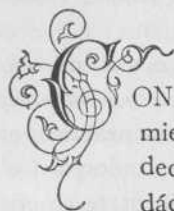
A mi hijo Claudioz



Si este libro tiene para los extraños escaso ó ningun valor, tiene para ti el muy estimable de haberlo escrito para dedicártelo en el primer año de tu natalicio.

Acepta, pues, este recuerdo modesto, pero permanente, que tu padre te dedica; y si llegado á hombre aprendes en il cosas que debes corregir, grato seria para mi que asi lo hicieras, porque con ello indicarias inclinación al noble trabajo de las letras, único legado que podré dejarte.

ADVERTENCIA



ON el temor propio de quien posee escasos conocimientos, y tiene por otra parte poca experiencia, nos decidimos á dar á la estampa estas explicaciones didácticas, cuya publicación no tiene otro objeto que facilitar á los estudiantes la preparación de las importantes materias que forman el asunto de lo que debe estudiarse en un *segundo curso de Derecho Civil Español, Común y Foral*, después de la publicación del Código.

La anterior declaración, y el título que damos á este trabajo, contestan anticipadamente á las objeciones que la severa crítica pudiera hacer, presumiendo que nuestro propósito fuera escribir un libro que sirviera de consulta al tratar de resolver los grandes y áridos problemas que á diario se presentan en el terreno del *Derecho civil constituido*, cuestiones más avivadas que las de cualquiera otro orden de relaciones jurídicas, por lo mismo que es su objeto, en la mayoría de los casos, decidir sobre *intereses materiales*.

Expuesto nuestro propósito, cúmplenos hacer en este lugar, por vía de *introducción*, algunas indicaciones acerca de las ma-

terias que han de merecer nuestra atención, y el plan y método que en su exposición hemos de seguir, para que resulte trabajo más provechoso al alumno, al propio tiempo que se cumpla con lo que reclama el título oficial de la asignatura.

No por prescripción legal, sino por una especie de convencionalismo, nacido de tradicional costumbre, ha sido práctica constante, seguida desde que cayó en desuso la división del *Derecho civil* en *personas, cosas y acciones*, estudiar en el primer curso de esta asignatura lo referente á la *familia* y la *propiedad*; y en el segundo lo que afecta á las *sucesiones y contratación*.

Aunque no con iguales denominaciones, un orden parecido sigue el nuevo Código Civil, hablándonos en el primer libro, *de las personas*; en el segundo, *de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones*; en el tercero, *de los diferentes modos de adquirir la propiedad*, y en el cuarto, *de las obligaciones y contratos*.

Nosotros, no porque lo creamos más didáctico, sino porque responde mejor á las exigencias de lo que es un *curso elemental*, admitimos, y es opinión generalmente seguida en la práctica, el plan de materias que consigna el Código; y reservando para el *primer curso* las contenidas en sus dos primeros libros, tomamos para campo de nuestras investigaciones en este *segundo*, lo que dice relación á los diferentes modos de adquirir la propiedad y lo que afecta á las obligaciones y contratos: esto es, estudiaremos los libros III y IV del ya mencionado Código Civil, siguiendo el mismo plan que en ellos ha establecido el legislador.

En este *orden ó plan legal*, y respondiendo á lo que comprende el título oficial de la asignatura, iremos exponiendo los principios de *Derecho positivo* vigente en los llamados *territorios ó provincias forales*, ya que por razones que tienen su explicación en otra *Cátedra*, no es *uno* para todos los pueblos de la Península el Derecho civil; pues por expresa declaración del legislador, dichas provincias ó territorios en que subsiste Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico escrito ó consuetudinario por la publicación del Código, que regirá tan solo como derecho

supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales.

Por esta razón, y para que nuestro trabajo llene su objeto, comprenderemos en él el estudio de las disposiciones de las leyes forales, presentando en cada una de las *instituciones* del Derecho civil, las *variantes* que tiene la legislación española en cada uno de los territorios que formaban los antiguos reinos de Aragón, Navarra y Mallorca, Principado de Cataluña y Señorío de Vizcaya, pues con toda verdad puede decirse hoy, después de la declaración legal que indicada queda, lo que muchos años hace decía el inmortal D. Benito Gutiérrez y Fernández, en la introducción al tomo VI de los *Códigos ó estudios fundamentales de Derecho Civil Español*.

«Las legislaciones forales no son un Derecho anticuado que, como las preciosidades arqueológicas, deba figurar en un Museo solo para satisfacer la curiosidad de los eruditos: son el Derecho vigente de ricas y populosas provincias; Leyes especiales, cuyo conocimiento importa á todos, porque la unidad nacional crea relaciones comunes que hacen que todos estemos interesados en su aplicación.»

En cuanto al método seguido en estas explicaciones, solo diremos que hemos adoptado el *histórico-exegético*, por creerlo el más adecuado y ventajoso para la explicación en cátedra del *Derecho Civil Español, Común y Foral*; porque si todo *derecho positivo* es una idea traducida en reglas ó preceptos á los que los hombres han de acomodar sus acciones libres, pero preceptos ó reglas con carácter de necesidad en todos los momentos de una sociedad civilizada, é inspirados, en cuanto posible sea, en aquellos otros principios eternos de justicia que caen bajo la esfera propia del Derecho natural, sucederá que el Derecho vigente positivo no será otra cosa que el Derecho *histórico actual*. Mas como todo método *histórico* es también *exegético*, por lo mismo que la *exégesis* es función indispensable de la *historia jurídica*, de aquí que le llamemos *histórico-exegético*, puesto que abarca los dos factores que nosotros creemos deben tenerse presentes al explicar el Derecho civil español positivo: los precedentes le-

gales del mismo, y el comentario de las disposiciones vigentes, ó sea, sumario estudio de lo que han sido en la Historia los preceptos que han reglamentado todas y cada una de las instituciones del Derecho civil patrio, y de las transformaciones principales que las leyes de este orden han sufrido hasta la época presente.

Mas, para que el trabajo quede completo, dentro de nuestro propósito y de lo que es exigencia de una explicación didáctica, comenzaremos á estudiar cada *institución* fijando su concepto y determinando su fundamento racional, pues de este modo será más facil y provechosa para el alumno la labor que se haga en la investigación histórica y comentario del precepto legal vigente, puesto que este, si es bien pensado y con recto propósito formulado, no debe ser otra cosa que el desenvolvimiento de aquel en fórmulas concretas.

Después de exponer el concepto doctrinal de cada *institución*, y de explicarla en su fundamento racional, precedentes legales y comentario de los preceptos porque actualmente se rige, completaremos su estudio dando á conocer la *jurisprudencia* que hasta la fecha se haya formado sobre aquellos varios puntos en que ha dictado su juicio el Tribunal Supremo; pues aunque no tenga fuerza legal, siempre resultará provechoso su conocimiento, siquiera sea por su significación de interpretación *usual*.

Estudiando en cada punto los extremos ya indicados, creeríamos haber hecho lo suficiente para responder á lo que pide un *curso elemental*; pero atendiendo á la conveniencia del alumno consignaremos, bien que por vía de *apéndice*, y solo en las cuestiones principales de que nos ocupemos, algún formulario que indique la manera como han de llevarse á la práctica y hacerse efectivas en ella esas declaraciones abstractas del legislador.

Que esto es de no escasa importancia para el alumno, cosa obvia es; aun á despecho de aquellos que mal avenidos con lo que la práctica del Derecho exige estudiar y conocer, creen que la misión del Profesor está cumplida hablando á los estudiantes en Cátedra como pudiera hacerlo en un Ateneo. Nosotros enten-

demos que no basta para el ejercicio de la profesión de *Abogado* poseer un gran fondo de instrucción, de doctrina, de sabiduría, de especiales conocimientos en la ciencia jurídica, para que el Letrado llene cumplidamente su misión práctica. Es preciso que tenga la facultad difícilísima de formular acertadamente lo que esa misma ciencia le enseña en teoría, creando y dando vida real á los principios que entraña.

La ciencia jurídica tiene, lo mismo que cualquiera otra ciencia, sus fórmulas de presentación en la esfera que le corresponde; el averiguar cuales son éstas es de suma importancia, ya que cada máxima, cada doctrina, cada disposición legal tiene un fin práctico en la vida del hombre, que á este interesa conocer.

Las razones de conveniencia en este sentido, debieron estar muy presentes en el ánimo de eminentísimos legisladores y jurisconsultos, dándonos la mejor prueba de ello el monumental é imperecedero Código de D. Alfonso X el Sabio, pues se cuidó mucho el Monarca y los jurisconsultos que le ayudaron en tan magna empresa, de la aplicación de su Código de las Partidas: así vemos, que en el título 18, leyes LXI y siguientes de la III habla de *cómo debe ser fecha la carta de la vendida, la de la fiadura de la vendida, la que se hace cuando la mujer consiente la venta que haze su marido, la de la vendida cuando el vendedor non es de edad cumplida; cuando el guardador del huérfano vende algunas cosas que sean raiz de las que dél tiene en guarda; la que haze el personero en nombre de otri; la de vendida que el albacea haze de los bienes del finado; de la que vende iglesia ó monasterio; la carta por la cual un home á otro vende el derecho que él há en alguna cosa; la de la vendida de las bestias; la carta de cambio; la de donacion que un home haze á otro; la de lo que algun Señor da en feudo á sus vasallos; la en que alguna cosa dan á censo; la de los empréstitos sobre las cosas que suelen medir, ó contar, ó pesar; la de las cosas que se emprestan, así como caballo ú otra cosa mueble; la que se haze cuando algun home da á otro dinero ó alguna cosa en condesijo; cuando alguno sus casas alquila á otri; la de arrendamiento de viñas, ó de huertas, ó de otra cosa; la de la labor que un home promete de fazer á otro; la carta*

del loguero ó alquiler de acémilas; la carta de fletamiento de la nave; la de la Compañía que algunos quieren fazer; la carta cuando algun home da á otro su heredad á labrar á medias; la carta de la particion que fazen los hermanos ó algunos otros de las cosas que han de consuno; la carta del quitamiento de la deuda ó de las cosas que un home quiere quitar á otro; la carta de la paz que los homes ponen entre sí; la carta de la tregua que los homes ponen entre sí; la en que alguno promete de dar su fija á otro en casamiento; la carta en razon de consentimiento que fase el marido á la mujer cuando quieren casar; la de donacion é de las arras que el marido fase á su mujer; la carta quando alguno entra en un monasterio ó toma orden de religion; la carta quando alguno se quiere hacer home de otro; la carta de aforramiento ó libertad de esclavos; la carta de profjamiento de home que esté en poder de su padre natural; la carta de profjamiento quando algún home quiere profjjar á otro que non esté en poder de su padre; la carta de emancipación, y tantas otras que afectan á los procedimientos judiciales.

Esto demuestra, que el autor de las Partidas daba extrema importancia á la ejecucion práctica de las leyes, pues de otro modo no hubiera dedicado tantas como en su obra dedicó á ordenar sus fórmulas.

Pero no fué solo el Rey Sabio y los que compartieron con él la tarea de formar el mencionado Código, los únicos que se cuidaron de dar fórmulas para la aplicacion práctica de las leyes. Desde aquellos gloriosos días para el Derecho patrio, son muchos en número los autores prácticos que han estimado necesario ilustrar nuestro Derecho con el mismo fin: y obras legales modernas tenemos, como la Ley Hipotecaria, la del Jurado y otras, que han creído indispensable, no ya conveniente, dar modelos de redaccion para el mejor acierto en su aplicacion.

Ante la contemplacion de ejemplos tan dignos de imitar, y no olvidando un instante que al estudiante de la Facultad de Derecho importa tanto como conocer la ley, saber el medio de aplicarla, y que este es uno de los propósitos que en la enseñanza de un curso elemental debe formarse el Profesor que explique

el Derecho constituido vigente, nos hemos decidido al emprender este para nosotros ímprobo trabajo, á darle, en lo posible, cierto carácter práctico, y de aquí el nombre con que le llamamos.

Quien se haya tomado la molestia de leer cuanto dicho dejamos en esta prévia *Advertencia*, que sirve de *introducción* á nuestra modesta labor, hallará cuál es nuestro propósito. Si después sigue hojeando estas *explicaciones* y halla que en ellas hemos cumplido lo que al principio ofrecimos, nos quedará la tranquilidad de haber respondido á lo que debe hacerse en la enseñanza de un *curso elemental*, ya que no hayamos realizado un trabajo de grandes pretensiones. Reconocemos la modestia del mismo, y nos damos por satisfechos con que reporte utilidad á los alumnos de esta asignatura, por encontrar en él condensado todo cuanto deben saber para la *prueba de curso*, y algo que pueda convenirles no desconocer para cuando más tarde se encuentren en la necesidad de demostrar su suficiencia en la vida, respondiendo á las exigencias prácticas de esta con aquellos conocimientos que en el estudio de esta asignatura adquieran.

Para la conveniente inteligencia del lector debemos dejar consignado: que aunque dispuestos á seguir el orden del Código en la explicación de sus materias, no será esto obstáculo para que en alguna ocasión, cuando así lo exija el carácter didáctico de la misma, antepongamos el estudio de alguna institución al de otras que según aquel orden aparecen antes, si así resulta más ventajoso para la labor que el alumno ha de realizar.

Es de advertir también, que nosotros iremos dividiendo nuestro trabajo en capítulos, prescindiendo de la nomenclatura del Código Civil, de *títulos, capítulos y secciones*, habiéndole consignar al final de cada uno los preceptos legales, por si en el curso de la explicación hubiese algún error de cita, que pueda salvarse con facilidad.



Libro III del Código Civil

CAPITULO PRIMERO

De los diferentes modos de adquirir la propiedad



OR seguir desde el primer momento de este trabajo el propósito que nos hemos formado, que no es otro que el indicado en la *Advertencia* que le precede, comenzaremos por explicar los modos como la propiedad se adquiere; esto es, la razón ó causa de ley mediante la cual se establece esa relación de dominio que el hombre tiene sobre las cosas, con exclusión de los demás. Y prescindimos de la explicación de lo que para los tratadistas y la ley es el Derecho de propiedad, por ser enseñanzas que los alumnos de esta asignatura han adquirido, seguramente, en el *primer curso de Derecho civil*, que es donde tiene su lugar propio.

Lo primero que se nos ocurre observar, al concretar nuestro estudio, es, que los términos usados por el legislador al dar nombre á las materias que el Código comprende en su *Libro III*, no son todo lo comprensivos que debieran ser; porque no solo se

adquiere el *derecho de propiedad* por los modos que indica en el art. 609, sino que también hay otros *derechos* cuya adquisición se efectúa por alguno de aquellos modos. Así sucede, entre otros, con el derecho de servidumbre, el de censo, etc., y en general, con todos aquellos que implican una limitación del *derecho de propiedad*.

Por esta razón, nosotros le llamaríamos más propiamente, «*De los diferentes modos de adquirir la propiedad y demás derechos sobre las cosas.*» O como le llama el Código Portugués: «*De la adquisición de los derechos.*»

Clasificación de los modos de adquirir la propiedad ó dominio — Clasificación romana.— Han sido en todos los tiempos tan variadas las razones ó causas por las que el hombre ha hecho de su dominio las *cosas*, excluyendo á los demás de su uso y disfrute, que no ya los tratadistas, sino que también los legisladores, se han ocupado de *clasificarlas*, para su mejor inteligencia: así vemos que Justiniano los distinguía en *modos naturales* y *modos civiles*, según que fueran establecidos por el llamado derecho de gentes, ó fueran creación de la ley civil.

Si esto hacía un legislador, no es de extrañar que los escritores de su época, y posteriores, aplicaran su ingenio, educado con el sentido propio de aquella legislación, á ensayar nuevas clasificaciones, consiguiendo alguna de ellas tal aceptación, que por mucho tiempo fué seguida por los tratadistas; tal sucedió con la clasificación que de los *modos naturales* hicieron los jurisconsultos escolásticos, distinguiéndolos en *originarios* y *derivativos*, según que se refirieran á la adquisición de una cosa que no tenía dueño anterior, ó sirvieran para adquirir los que estaban en el dominio de otro. De los *originarios* hicieron una subdivisión, distinguiendo los originarios *simpliciter* y los originarios *secundum quid*, según que por ellos se adquiriera el dominio de las cosas sin dueño, ó una cosa por razón de otra que nos pertenecía. Como modo natural originario *simpliciter* señalaban la *ocupación*; llamaban modo originario *secundum quid* á la *accesión*, y modo derivativo á la *tradición*.

De estos *modos* hacían otro número grande de subdivisio-

nes; así, por ejemplo, distinguían en la ocupación cuatro especies, que eran: el hallazgo, la caza, la pesca y la ocupación bélica; y en la accesión subdividían los modos en naturales, industriales y mixtos, según que la incorporación ó aumento que la accesión supone tuviera efecto por la propia naturaleza de la cosa, sin intervención para nada de la industria humana, que fuera debido á esta, ó que uno y otro elemento cooperaran á ella; teniendo por naturales á la fuerza manifiesta del río, á la mutación de cauce, al aluvión, al feto y á la isla; por industriales á la unión, á la especificación y á la comixtión; y por mixtas á la construcción, siembra y plantación.

De los *modos civiles* hacían una sola subdivisión, distinguiendo en ellos los *universales* y los *singulares*. Los primeros eran así llamados cuando por ellos se representaba á una persona en todos sus bienes y derechos; y los segundos, cuando solo se obtenían una ó varias cosas determinadas. Entre los modos universales de adquirir señalaban los romanistas seis especies, como eran: la herencia, la posesión de bienes, etc.; y entre los singulares la donación, el contrato, el fideicomiso singular y la usucapición.

Criterio más seguido en la actualidad cuando de clasificar los modos de adquirir se trata.—Las divisiones y subdivisiones que los romanos hacían de los modos de adquirir, si bien han imperado por mucho tiempo en los libros y en las Escuelas, también es lo cierto que llegó la hora de su desaparición cuando los jurisconsultos llegaron á convencerse de que á nada práctico conducían; sucediendo, que los Códigos modernos, y entre ellos el nuestro, prescinden de toda clasificación, y lo que hacen es enumerarlos con mayor ó menor sencillez. Tal sucede con el Código de Napoleón, en Francia, que en sus artículos 711 y 712, declara que la *propiedad se adquiere y se transfiere por sucesión, por donación entre vivos y testamentaria, por efecto de las obligaciones, por accesión ó incorporación y por prescripción.*

El Código Portugués es más metódico que los de su época al señalar los modos de adquirir, clasificándoles, en derechos que se adquieren por hechos y voluntad propia y de otro conjunta-

mente (contratos y obligaciones) y derechos que se adquieren por actos de otras personas y disposición de la ley (sucesiones y gestión de negocios). «En la ocupación y en la prescripción no concurre más que una actividad: la voluntad y actividad del adquirente, porque recaen sobre cosas que nadie posee, y no hay necesidad de que concurra la voluntad de ningún poseedor. En la sucesión y en el contrato concurren armónicamente dos voluntades: la del transmitente y la del adquirente, porque se trata de cosas que pertenecen á otro y contra su voluntad nadie puede adquirirlas.»

Nuestro Código Civil vigente fija en su art. 609 los modos determinantes de la adquisición de la propiedad, estableciendo que esta se adquiere por la ocupación. Y sigue diciendo en el párrafo segundo del mismo artículo, que la propiedad *y los demás derechos sobre los bienes* se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada é intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición; concluyendo por decir que pueden también adquirirse por medio de la prescripción.

Doctrina jurídica sobre lo que han significado y son los términos, título y modo para adquirir.—Dicen los tratadistas de Derecho natural, que toda adquisición de un derecho se funda sobre dos condiciones necesarias, que son: un *título justo* y un *modo legítimo*. Por lo primero se entiende el fundamento en que se apoya la justicia del hecho con el cual se adquiere el derecho; en tanto que el *modo legítimo* de un derecho adquirido es el hecho ó la acción con que mediante un título justo se adquiriera un derecho.

Para los romanos los términos *título* y *modo* implicaban dos diferentes conceptos. Decían aquellos jurisconsultos que *título* era la causa remota del dominio; y el *modo* era su causa próxima. En aquel rigorismo de derecho era principio general que el *título* tuviera que ir seguido de la tradición para que produjera el dominio, pues sin la entrega de la cosa no producía más que un derecho á esta, *jus ad rem*. En cambio el *modo* producía el dominio, confirmando el llamado derecho en la cosa, *jus in re*.

Decimos que era principio general que el *título* sin ir segui-

do de la tradición ó entrega de la cosa no producía el dominio, y no principio absoluto, porque había casos excepcionales en que sí lo producía: tal sucedía en el derecho hereditario, en las servidumbres negativas, en las hipotecas y en las adjudicaciones por uno de los juicios divisorios.

Una extrema reacción contra el formalismo romano ha hecho que los escritores modernos de nuestro Derecho civil, con algunas excepciones, afirmen de una manera tan peligrosa como categórica, que en la actualidad la distinción de *título* y *modo* no tiene ningún valor, por carecer de todo fundamento de verdad. De esta misma opinión se han dejado influir los legisladores de la época; sucediendo, que los Códigos contemporáneos aprecian como distinción puramente formal la de *título* y *modo*, reduciendo su concepto al de «razón ó causa por la que el dominio se produce.»

Sin entrar nosotros á recordar los términos de la empeñada polémica que con este motivo se abrió, y aún subsiste, entre los escritores, porque nos llevaría muy lejos de nuestro propósito, nos limitamos á afirmar que tal distinción no es de pura forma, sino que tiene un valor más trascendental, dentro del derecho constituido. Para convencerse de ello bastarán las siguientes sumarias reflexiones.

En primer lugar hay que fijar con la posible claridad lo que hoy en realidad significan los términos *título* y *modo*; ya que no es apropiado, á juicio nuestro, el concepto que de ellos daba el Derecho romano, del cual parece quiere desprenderse la idea de que el *título* es la causa productora de el Derecho (causa remota, que decían aquellos jurisconsultos), y el *modo*, el signo ó expresión de su nacimiento. Nosotros damos á estos conceptos un valor contrapuesto, pues más bien el *título* que el *modo* se refiere á lo formal ó externo del acto que origina la adquisición.

Partiendo del principio de que para la adquisición de los derechos, en especial de los llamados derechos reales, es preciso algo más que la voluntad del adquirente y del transmitente, pues que es condición necesaria que éste tenga la *pertenencia* de la cosa transmitida, fácil nos será determinar el significado propio

de los términos que analizamos, y su valor actual; concluyendo por afirmar en este punto, como lo hace un eminente civilista (1) que el *modo de adquirir el dominio ú otros derechos reales* «es la causa *específica* que los origina, como resultado del concurso de un estado especial en las cosas, de la aptitud y voluntad en las personas y del cumplimiento de las condiciones de la ley.» Y *título*, todo acto jurídico que dá nombre á la adquisición del derecho real, pero por sí es insuficiente para producirlo.

Esta misma doctrina ha venido á ser confirmada por la vigente legislación hipotecaria, según la cual el *título* no es otra cosa que el documento público y fehaciente *inter vivos* ó por causa de muerte, en que funde su derecho sobre el inmueble ó derecho real la persona á cuyo favor deba hacerse la inscripción misma; concepto que reconoce expresamente que el *título* es insuficiente para producir el derecho real, reduciéndolo á mera *prueba escrita* del acto jurídico á que se refiere. Si quisiéramos más razones legales en este sentido, no tendríamos más que registrar varios artículos de la Ley Hipotecaria, especialmente el que establece que ha de constar inscrito en el Registro el dominio ó derecho real á favor del transmitente, para que pueda inscribirse al del adquirente; el que declara que la inscripción no convalida los actos ó contratos que sean nulos con arreglo á las leyes; el que exige el requisito de la inscripción para que los títulos inscritos surtan su efecto en cuanto á tercero desde la fecha de aquella; considerando que esta arranca, para todos los efectos que debe producir, desde la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma: y tantos otros como pudiéramos citar que prueban de una manera evidente la distinción real que existe entre el *título* y *modo* de adquirir.

(1) Sr. Sánchez Román, en su obra *Estudios de Derecho Civil*.

DOCTRINA LEGAL ⁽¹⁾

Art. 609. La propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada é intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción.



(1) Téngase presente que el articulado que en este lugar copiamos en cada Capítulo, se refiere solo al Código Civil.



CAPITULO II

De la ocupación como modo de adquirir la propiedad



ENALADOS en el precedente Capítulo los modos que el Derecho vigente reconoce para adquirir la propiedad sobre las cosas, tócanos emprender el estudio concreto de cada uno de ellos, y al efecto comenzamos por el llamado *ocupación*; no seguramente porque en los tiempos presentes sea el primero, por razón de su uso, pues que ya apenas si se efectuará adquisición alguna por este medio, dado que en el estado social actual puede decirse que falta un requisito esencial, cual es la materia sobre que actuarse, sino porque es el primero que estudia el Código, y porque en el curso de la Historia ha surgido antes que los demás, y ha gozado de una importancia tan extraordinaria, como prueba el hecho de haberla aceptado algunos como fundamento filosófico del derecho de propiedad, según sabemos por otras enseñanzas.

En la base 14 de la Ley de 11 de Mayo de 1888, se dice que la *ocupación* es un medio de adquirir, pues en ella se lee: «Como uno de los medios de adquirir, se definirá la ocupación, regulando los derechos sobre los animales domésticos, hallazgo casual

del tesoro y apropiación de las cosas muebles abandonadas. Les servirán de complemento las leyes especiales de caza y pesca, haciéndose referencia expresa á ellas en el Código.»

Cumpliendo este precepto de la llamada Ley de bases, la Comisión, al redactar el Código, consignó en el primer párrafo del art. 609, que «la propiedad se adquiere por la ocupación.»

Concepto y fundamento racional de la ocupación: *1 Concepto.*—Si lo mandado en la base y ley antes citadas se cumplió en cuanto á declarar que la *ocupación* es modo de adquirir la propiedad, no así se hizo en lo que se refiere á *definirla*, extremo que también se ordenó en aquella disposición legal; si bien los términos de redacción del art. 610 del Código Civil indican algo de lo que para el legislador es este concepto. Pero como esto no basta para nuestros fines, vamos nosotros á formularlo en los términos más claros y precisos que podamos hacerlo.

Se observa, que si en tantas otras instituciones andan divididas las opiniones de los tratadistas al querer fijar su concepto, no sucede lo propio en el caso de definir la ocupación, pues todos ellos dan una definición tan parecida, que casi no las separa más que el empleo de alguna palabra meramente accidental; circunstancia que se explica por ser la palabra *ocupación* de un valor jurídico para todos conocido.

Esta coincidencia de opiniones nos releva de hacer detallada exposición de ellas, y por eso nos limitamos á decir, que para la generalidad de los autores de Derecho civil, la ocupación es: «*la aprehensión de las cosas corporales que no tienen dueño, con la intención de adquirir su propiedad*».

Este concepto, el más general que de la *ocupación* se dá, nos parece aceptable en cuanto comprende en sí los requisitos esenciales que en el hecho de ocupar una cosa han de concurrir para que pueda alegarse propiedad sobre ella; pero entendemos que no es todo lo completo que debe ser para que pueda deducirse de él las clases varias que de la ocupación se distinguen en el Derecho constituido. Por esta razón, nosotros creemos que la *ocupación*, como modo ó medio de adquirir la propiedad, pue-

de definirse diciendo que es: *La aprehensión material, ó simulada por actos de dominio, de las cosas corporales que carecen de dueño actualmente, con ánimo de adquirir su propiedad.*

Esta definición de la institución civil que estamos estudiando, nos parece, sino la mejor, porque desde el momento que es nuestra desconfiamos de su bondad, por lo menos la que más expresamente comprende los requisitos que en la ocupación deben exigirse, y las especies varias que de ella se distinguen; lo cual se comprende mediante una sumaria explicación de los términos que en tal definición hacemos entrar.

Decimos *aprehensión material, ó simulada por actos de dominio*, para indicar que el sujeto ocupante no debe, ni está obligado en todo caso, á tomar *materialmente* la cosa que quiere apropiarse, pues esto equivaldría á negar capacidad á ciertos objetos ó bienes para ser materia de *ocupación*, como sucedería con todos los llamados inmuebles; sino que basta en determinados casos la práctica de actos que implican ejercicio de facultades dominicales. Seguimos diciendo *de las cosas corporales*, porque á estas, á las cosas materiales, es á las únicas á que puede aplicarse la ocupación como modo de adquirir, y no á las cosas *inmateriales*, comprendidas para este fin bajo los términos genéricos de *derechos y acciones*. Añadimos *que carecen de dueño actualmente*, para denotar, que no solo son materia propia para la ocupación aquellas cosas que nunca han tenido dueño, sino que también son aptas para *ocuparlas* aquellas que habiendo estado reducidas á propiedad *anterior*, no lo están en la *actualidad*, ora por haberlas abandonado su dueño, sin ánimo de recuperarlas, ora por ser halladas en sitio en que estuvieron largo tiempo ocultas, sin que á la sazón se pueda averiguar su pertenencia (1). Y concluimos diciendo *con ánimo de adquirir su propiedad*, para indicar que es requisito indispensable en el sujeto adquirente el *propósito*, la *intención*, de llegar á tener sobre las cosas de que se trata, todas y cada una de las facultades que comprende el

(1) De este modo comprendemos también en el concepto general de ocupación el llamado «hallazgo de tesoro oculto».

dominio, y ejercitarlas, en caso necesario, para excluir á las demás de su uso y disfrute.

II *Fundamento*.—El fundamento racional de la ocupación como modo de adquirir la propiedad, lo hallamos en la misma naturaleza humana, á la que es inherente la facultad de adquirir.

Si es innegable que al hombre corresponde *naturalmente* el derecho á la propiedad, es necesario admitir que tendrá *facultad* para establecer de algún modo esa relación que la propiedad, en concreto considerada, supone; *facultad* que trata de actuarse allí donde ve un objeto en condiciones de poder ejercer sobre él los derechos dominicales con exclusión de los demás, traduciendo el derecho innato á la propiedad externa en derecho real de propiedad: y si esto es lícito hacerlo cuando no ofende el derecho de otro, el *ocupar* una cosa *desocupada* no puede menos de admitirse como acto lícito, y por ende suficiente á fundar en él un derecho.

Requisitos necesarios para que la ocupación pueda estimarse modo legal de adquirir.—Del mismo análisis que antes hemos hecho de los términos por nosotros empleados al fijar el concepto de la ocupación, se desprende cuáles son los requisitos legales y necesarios para que pueda dársele en *Derecho civil* la consideración de modo de adquirir la propiedad. Tales requisitos son: 1º que la cosa ú objeto aprehendido sea corporal: 2º que la aprehensión sea material, ora en el sentido gramatical de la frase, cuando la cosa es mueble, ora en el sentido legal si es inmueble, ejerciendo en ella actos de dominio: 3º que la cosa ocupada sea *nullius*, por la doble consideración antes dicha, de no haber tenido nunca dueño, ó haber sido abandonada; y 4º que el sujeto aprehensor tenga intención de adquirir el dominio de la cosa aprehendida.

Idea general de las diversas clases de ocupación.—De la misma manera que los requisitos legales de la *ocupación*, se desprende del concepto general que de ella hemos dado las clases que de esta pueden distinguirse. Así decimos, que la *ocupación* puede tener lugar, ó versar, sobre cosas que *nunca* han tenido dueño (la caza de animales fieros); ó sobre aquellas otras que ha-

biendo estado *antes* reducidas á propiedad particular, no lo están *actualmente* (la caza de animales amansados cuando han recobrado su primitiva libertad y las cosas muebles abandonadas, cuando no hay ánimo de recuperarlas); ó sobre aquellas otras que ocultas por largo tiempo en ignorado paradero, es desconocida su *pertenencia* en el momento mismo de aprehenderlas.

Para los tratadistas de Derecho civil son cuatro estas especies de la ocupación: *caza, pesca, invención y hallazgo*. El Código Civil dicta reglas para estas cuatro clases, y á ellas vamos á concretar nuestro estudio.

§ I De la caza.—*Su definición y principios porque se rige*.—
Nuestro Código Civil, al señalar en su artículo 610, los bienes que siendo apropiables por su naturaleza y careciendo de dueño constituyen materia de *ocupación*, indica en primer término *los animales que son objeto de la caza*. Y más adelante, en el artículo 611, establece que: «El derecho de caza y pesca se rige por leyes especiales». Con esta declaración no hace el legislador otra cosa que dar cumplimiento á lo ordenado en el punto 2º de la base 14 de la Ley de 11 de Mayo de 1888, que declara complementarias de las disposiciones que en el Código se dictan sobre este particular, las leyes especiales de caza y pesca.

Llama complementarias á estas leyes, porque no obstante el terminante precepto del art. 611, no han prescindido los redactores del Código de decir algo sobre estos particulares, siquiera haya sido con el único propósito de establecer algunas rectificaciones al Derecho anterior. Examinaremos una y otras disposiciones legales: y para proceder con el mayor orden y claridad, comenzaremos por fijar el concepto de lo que para la ley es la *caza*; haciendo la advertencia de que solo vamos á estudiar en este asunto lo que más importa al Derecho civil, pues hay cuestiones que afectan más al Derecho administrativo, y de ellas prescindiremos.

Para la ley (1) se comprende bajo la acepción genérica de

(1) Entiéndase que nos referimos á la Ley de caza de 10 de Enero de 1870, art. 7º, que es la vigente, á la cual nos remite el legislador;

caza, «todo arte ó medio de perseguir ó de aprehender, para reducirlos á propiedad particular, á los animales fieros ó amansados que hayan dejado de pertenecer á su dueño por haber recobrado su primitiva libertad.»

Este concepto, que contra lo acostumbrado nos dá la ley, (las leyes casi nunca definen), nos parece el más exacto, y nos releva de hacer exposición de lo que los autores entienden por *caza*, pues todos coinciden en considerarla, para los efectos de la ley, como la ocupación de los animales libres: comprendiendo en este concepto genérico de *animales libres*, lo mismo aquellos que por su fiereza no han estado nunca sometidos al dominio del hombre, que los que siendo por su naturaleza fieros, hubo tiempo en que por accidente estuvieron bajo ese dominio y después recobraron su libertad. >

< **Clasificación de los animales, para los efectos de la caza.**—La ley á que nos referimos, clasifica también los animales, para los efectos que después declara, y los divide en tres clases: fieros ó salvajes, amansados ó domesticados, y mansos ó domésticos (1). Después nos dá el concepto de cada una de estas clases (2) diciendo: «Son animales fieros ó salvajes los que vagan libremente y no pueden ser cogidos sino por la fuerza». «Son animales amansados ó domesticados los que siendo por su naturaleza fieros ó salvajes se ocupan, reducen y acostumbran por el hombre.» «Son animales mansos ó domésticos los que nacen y se crían ordinariamente bajo el poder del hombre, el cual conserva siempre su dominio» >

Esta misma clasificación ha sido siempre seguida por las leyes y por los jurisconsultos desde la legislación romana.

Precedentes históricos en materia de caza.—Determinados los anteriores conceptos, cúmplenos hacer algunas consideraciones

no indicando otras disposiciones que como complemento de ella se han dado, porque su particular contenido es asunto propio del Derecho administrativo.

(1) Art. 1º.

(2) Artículos 2º, 3º y 5º.

generales de carácter histórico, acerca de cómo se ha venido entendiendo y regulando la *caza* como modo de adquirir, antes de entrar en el estudio detallado de la legislación vigente, sobre los puntos que al Derecho civil afectan, pues que así lo exige el orden que nos hemos propuesto seguir en este trabajo.

Es afirmación que puede hacerse, sin temor á equivocarse, que la caza, ya se la considere como *industria*, ya como *distracción* (para algunos bien productiva, para otros bien cara), es casi tan antigua como el hombre, perdiéndose su origen en la noche de los tiempos; pues es racional pensar, que una doble necesidad le impulsó á apoderarse de los animales que le rodeaban: la necesidad de defenderse de algunos de ellos, y la de alimentarse con las carnes de los más. Y aun pudiéramos añadir también, que la necesidad de cubrir su cuerpo le hizo pensar en la aprehensión de ciertos animales, cuya piel era propia para vestirse.

Por esta razón se ha dicho que la caza es el modo más antiguo de adquirir la propiedad, enseñado al hombre por la naturaleza misma, y reconocido á todos como de libre ejercicio por el Derecho natural y de gentes.

En la infancia de los pueblos la ocupación principal de los hombres fué la caza, permitida libremente á todo el mundo, sin sujeción á principios ni reglas que constituyesen un derecho positivo, pues el dictar disposiciones sobre este particular fué obra del tiempo, que se realizó cuando las sociedades adquirieron un mayor grado de cultura y civilización.

Sabido es de todos que la religión pagana era favorable á la caza, y que su mitología llegó á divinizarla. Diana era la diosa que presidía aquel ejercicio, presentándonosla la fábula seguida de una porción de ninfas y de perros, que habitaban en los bosques, y que casi siempre andaban de caza, en cuya demostración, sin duda, estaba la cierva consagrada á aquella diosa; y ciervas eran también las que tiraban del carro en que nos la pintan armada de un arco y de un carcaj lleno de flechas.

Se despertó tal afición á la caza en la antigüedad, que no es de sorprender que el famoso Uises, cantado por Homero, llegase á tener una verdadera pasión por la caza, de cuya distracción

pudo conservar como recuerdo toda su vida la dentallada que en un muslo le dió un jabalí.

Y sin tener necesidad de recurrir á referencias de la mitología y de la fábula, no hay más que abrir la historia de los pueblos antiguos para aprender en ella que la afición á la caza era extraordinaria, pues hasta los mismos reyes tenían encerrados en grandes parques leones, jabalíes, leopardos y ciervos con el solo objeto de entretenerse en cazarlos: y se tenía en tal estima el concepto de buen tirador, que llegó el caso de que Darío hizo poner sobre su tumba la inscripción de haber sido el mejor arquero y más hábil cazador de su tiempo. Platón llegó á llamar á la caza ejercicio divino y escuela de las virtudes militares.

Los romanos heredaron con la civilización griega sus aficiones á la caza, y fué ejercicio constante en aquel pueblo, aunque en algún tiempo llegó á caer en tal desprecio, que solo se dedicaban á ella los esclavos y gente de baja condición. La historia nos dice que Escipión, Pompeyo y algunos otros despertaron un gran entusiasmo por la caza, compartiendo esta distracción con la pesada tarea de las guerras.

En este pueblo ya se legisló algo sobre el ejercicio de la caza: así vemos, que el Emperador Justiniano en sus *Instituciones* (1) dice: «Las bestias fieras, las aves y los peces, esto es, todos los animales que pueblan el mar, el aire y la tierra, en el mismo instante que son cogidos, se hacen por derecho de gentes del aprehensor, porque la razón natural concede al primer ocupante lo que antes á nadie pertenecía.»

Otras varias disposiciones legales se dictaron por los legisladores romanos, en las que había reglas para regular el ejercicio de la caza, al que pusieron limitaciones para garantir el derecho de propiedad. Allí ya se hacía la distinción que nuestra ley actual hace de los animales para los efectos de la caza, que es la misma que queda indicada y explicada.

Uno de los puntos más discutidos por los romanos fué, si en el caso en que un cazador hiriese á un animal fiero de manera

(1) Libro II, tit. 1.^o, Pár. 12.

que pudiera ser cogido, había de entenderse que era ó no suyo desde aquel momento. Los que afirmaban que sí, exigían que el cazador continuase persiguiéndolo; y otros sostenían que no era del cazador hasta después de cogerlo; de cuya opinión fué Justiniano, sin duda por tener en cuenta las eventualidades que pueden ocurrir impidiendo la aprehensión de un animal herido.

Estas sumarias consideraciones históricas las creemos suficientes para formarse idea de lo que fué y cómo se ejerció la caza en los pueblos antiguos, aunque en realidad no se ve que por leyes escritas se reglamentara y regulara este derecho nada más que entre los romanos, quienes fundaron sus escasos preceptos de derecho positivo en los principios del derecho natural.

Veamos ahora lo que la historia legal de los tiempos medios nos enseña en este punto, ya que tal afición á la caza no desapareció de nuestras costumbres ni aun en los momentos más críticos porque atravesó aquella sociedad.

Dado el carácter y costumbres de las tribus invasoras que inauguran en nuestra historia patria la Edad Media, podemos asegurar que más bien que desaparecer la afición que los anteriores habitantes de nuestro suelo tuvieron á la caza, creció considerablemente, pues era terreno abonado para ello aquel carácter y costumbres: educados en la lucha personal, sus ocupaciones más favoritas fueron, seguramente, la guerra y la caza; llegando en algunos pueblos bárbaros á tal grado la estima de los animales que les eran útiles para el ejercicio de la caza, que los francos salíos imponían la multa de 1.800 dineros al que matase un halcón.

Al igual que los romanos, dieron casi todos los pueblos bárbaros un carácter de *libertad* á la caza, en los primeros tiempos, fundándose en razones de derecho natural; hasta que más adelante regularon su ejercicio, con disposiciones legales que después se consignaron en su Código general.

Sucedió en aquellos tiempos lo que no podía menos de suceder, luego que el *feudalismo* arraigó en aquella sociedad dando un tinte especial á su organización política y social: que prevaleciendo las relaciones de la propiedad sobre las relaciones personales, y considerando que también los animales de caza debían

ser objeto de su privilegiado dominio, se reservaron los Señores, como un derecho feudal, el ejercicio de la caza criada en sus propiedades, al cual se entregaban con verdadera pasión, pasando largas temporadas en los bosques, con todo su acompañamiento. Y no fué, seguramente, un ejercicio modesto, sino que se practicaba con todo el lujo y ostentación que puede esperarse de un pueblo entregado á la molicie.

Así pudo decir el historiador César Cantú que las cacerías de aquellos grandes señores se efectuaban con ruidosa pompa: «un duque tenía seis pajes para sus galgos, seis para los lebreles, doce subpajes de perros, seis gobernadores de los criados de los sabuesos, otros tantos criados de los lebreles, doce de los galgos, seis de los falderos, seis de los podencos. El cazador llevaba una gabardina de pieles de ardilla, casaca corta verde con un cinturón de cuero de Irlanda, borceguíes estrechos, cuchillo de monte, arco y flechas, cuerno de marfil, colgado de una cadena de oro ó de acero pulimentado. A veces se hacían venir de lejos fieras y se atacaban en lugares cercados.»

El empleo del halcón para cazar se introdujo en aquellos tiempos, buscando los mejores en lejanas tierras, y se les tenía en tanta estima una vez enseñados, que se llevaban en el puño hasta por los sitios más públicos; servían á los nobles para adornar sus cimeras y los ponían como señal de ilustre origen en los escudos y sepulcros.

Esta afición y lujo por la caza arraigó casi tanto en el clero como en los seglares, y para evitar abusos que se cometían por los Obispos, en cuanto que en la visita por la diócesis se hacía acompañar de un séquito grande de personas para que cuidaran de los múltiples animales que llevaban para cazar por las abadías que pasaban y las cuales habían de mantenerlos, el Concilio III de Letrán prohibió esta diversión durante las visitas de las diócesis, queriendo que los Obispos no se hiciesen seguir más que de cuarenta ó cincuenta palafrenes.

Después de esta observación histórica puede asegurarse que en toda aquella multiplicidad de leyes que en aquellos tiempos se dieron, había de decirse algo en relación con tan arraigada

costumbre, sobre todo, y muy especialmente, en aquellas disposiciones de carácter privilegiado, ya que privilegio llegó á ser en efecto, el uso de la caza, para los Señores. Mas como el indicar, siquiera, todos esos cuerpos legales sería pesada tarea, de dudosa utilidad, nos vamos á limitar á señalar tan solo los principios consignados en los Códigos generales acerca de este particular.

Respetuosos los godos con el derecho de propiedad, solo por exigencias de este impusieron alguna limitación á la libertad de cazar reconocida por los romanos. En su Código del Fuero-Juzgo, se lee, que: «si algun omne face fuyos por prender alguna animalia de monte, ó tendiere arcos ó otros lazos, ó ballestas en logar ascondido, ó non suele ser carrera, si el animalia de algun omne cayere en aquellas amadijas por accion y enflaquece ó muere, aquel cazador peche el animalia al Sennor. Ca la animalia non se sopo guardar, y el cazador dévelo decir ante á los vecinos que se guardasen de aquellos lazos. E si algun omne y cayere por ocasion despues que se lo dixiere el cazador, non deve aver nenguna calonna: ca aquel se busca el mal para sí, que non quiso crear. E si algun omne viene de otra parte que non lo sepa, é cayere en ellos, si muriese ó enflaqueciese, el cazador peche la tercia parte de la enmienda que es dicha en la ley de uso de los omnes muertos ó enflaquecidos, porque non devien meter tal periglo en la carrera ó los omnes suelen pasar.» 7

El Fuero Real estudia en varias de sus leyes las cuestiones referentes á la caza, siendo las más importantes entre ellas la XVI y XVII, tít. 4º del libro III, y la XXII, tít. 4º del libro IV. La primera resuelve con un criterio opuesto á como lo hacía el Derecho romano, la cuestión surgida al determinar de quién era la propiedad de los animales que huían perseguidos ó heridos por el cazador, diciendo: «Si algunos caballeros o otros monteros, puero o otro venado levantasen, ningun otro, quier sea montero, quier no, le tomen mientras que aquellos que le levantaron fueren tras él. Mas si el venado levantado fuere quitado de ellos, e fuere en su salvo, e maguer que sea llamado, qualquier que le matare, puédala haber.»

La Ley XVII de las mencionadas se refiere á las abejas, y en su lugar la exponaremos; y la XXII del tít. 4° del libro IV, que antes señalamos, se refiere más propiamente á reglas de policía de la caza; y como esta materia es más propia del Derecho administrativo, prescindimos de su estudio.

(El Código de las Partidas se dejó influir por la legislación romana en el punto que estudiamos, si bien establece alguna particularidad, pues dedica varias leyes, cuyo contenido exponeremos sumariamente, al estudio de este punto.)

La Ley XVII, tít. 28 de la Partida III, concede al primer ocupante la propiedad de los animales fieros ó salvajes, y esto aunque aquél los coja en heredad ajena, siempre que el dueño de esta no le impida la entrada, ó los hubiese ocupado antes de que se lo prohibiera.

La XIX del título y Partida citados determina, que los hombres pierden el dominio de los animales salvajes cazados tan pronto como tornan á su primitiva libertad saliendo de su poder; porque entonces dejan de ser propios y el primero que los aprehenda adquiere su propiedad. Dice que se entiende que han salido del poder del cazador cuando han huido tan lejos que no se vean, ó, aunque se vean, cuando no hay esperanzas de cogerlos.

La XXI del título y Partida referidos, dice: que el venado (y piezas de caza mayor, por analogía) cuando es herido y perseguido por los cazadores y aprehendido por otro tercero, pertenece á éste; y esto por las mismas razones que consignaba el Derecho romano, por los varios accidentes que pueden ocurrir para que no llegue á cogerlo ú ocuparlo quien lo hirió. El mismo criterio adopta para resolver el caso de que, puestos lazos ú otras armadijas, se apodere un tercero del animal que en ellos cayere, y esto, según derecho, aunque en algunos lugares usen lo contrario. >

Otras leyes hay en la misma Partida III á que nos venimos refiriendo, que hablan de asuntos de caza; pero como su particular contenido afecta especialmente á las palomas y abejas, las recordaremos cuando estudiemos estos puntos según el Código.

> No dejaremos de citar aquí las leyes XXXXVII y LVII, tít-

tulo 5º, Partida I, que influidas por el Derecho canónico prohíben á los Prelados cazar con su mano, y á los clérigos en general la caza de montería, y aun la caza menor empleando azor, perro ó halcón. Unicamente les permiten cazar y pescar con lazos ó redes, de manera que no se les embarguen ó impidan las oraciones, ni el rezo de las horas á que por los cánones vienen obligados. Prohibiciones que se hallan confirmadas por los Santos Padres, en especial por lo que se refiere á la caza *clamorosa*. >

Las disposiciones legales apuntadas fueron, si no las únicas, las más fundamentales y admitidas durante los tiempos medios de nuestra Historia, y juntamente con algunas otras que después se dictaron, pasaron á los cuerpos legales que más tarde se re-dactaron, pudiendo decirse que todas quedaron refundidas en la Novísima Recopilación; teniendo vigented, con alguna otra disposición complementaria, hasta hace pocos años, que se publicó una ley general para estas materias, que es la de 10 de Enero de 1879.

Por esta razón, nuestras indicaciones históricas en el punto que estudiamos, referentes á la Edad Moderna, van á referirse á las leyes de la Novísima Recopilación, comprendidas en el título 30 del libro VII, que son las que tratan de este particular.

Dichas leyes son 18, siendo la más importante la señalada con el número XI, comprensiva de la Ordenanza general de don Carlos IV sobre el modo de cazar y pescar en los reinos y provincias de Castilla la Nueva, Mancha, Andalucía, Murcia, Aragón, Valencia, Isla de Mallorca, Principado de Cataluña y demás lugares llamados *de puertos acá*.

La referida Ley XI del título y libro citados está dividida en 26 capítulos. En ella se prohíbe por completo cazar en los referidos reinos y provincias desde el día 1º de Marzo hasta el 1º de Septiembre (temporada llamada de *veda*), y en todo el año los días de nieve y los llamados de fortuna. Se prohibía el uso de la escopeta en caza durante la temporada dicha, á no ser para la custodia de los frutos y extinción de gorriones; pudiéndola usar para defensa personal y de sus bienes, todo viajero á quien por otro concepto no estuviere prohibida. Fuera de la temporada de

veda se permitía cazar con escopeta y perros á los nobles y eclesiásticos, y á toda otra persona honrada en quienes no hubiese el temor de exceso. A los jornaleros y trabajadores en oficios mecánicos se les permitía la caza, por diversión, en los días de precepto.

Se prohibía el uso de galgos durante el tiempo de veda, y en los parajes plantados de viña hasta que el fruto se cogía: y para servirse de ellos dentro de la Corte y sitios reales, y diez leguas en contorno, era necesario justificar la condición de hacendado ó persona de distinción, conforme estaba antes ordenado por Real orden de 10 de Julio de 1762.

Se permitió los cazadores de oficio, con tal de que se proveyesen de licencia del Gobernador del Consejo, que se la concedía gratis; bien que con el prévio requisito del informe de las Justicias de los pueblos en que habitaban.

Se prohibió el empleo del hurón para cazar, en consideración al cruento destrozo que de los conejos hacía; y solo podían usarse en algunos casos, proveyéndose de licencia que concedía el Consejo. Quedó igualmente prohibido cazar perdices con reclamo, redes, perchas, lazos y otros artes ilícitos que destruyen la caza: el tirar á las palomas dentro de una legua de distancia de los palomares, y poner añagazas para su caza, exceptuando la época de sementera y recolección.

Prohibió también de un modo absoluto las cacerías generales que se organizaban alguna vez al año en los pueblos bajo pretexto de aplicar su producto á alguna cofradía, santuario ó imagen, por los daños que con ellas se causaban en las plantaciones y siembras. Prohibióse de igual modo que los guardadores de toda clase de ganados usasen perdigones ni otra munición menuda para sus armas de fuego, y solo, sí, balas ó postas con que poderse defender contra los animales carnívoros, como lobos, zorras, etc.

Otros muchos particulares comprendía la disposición legal cuyo estudio venimos haciendo, que son verdaderas curiosidades, y que demuestran bien á las claras cómo ya en su tiempo el arte ó industria de la caza mereció especial atención al legis-

lador; consideración que también le prestaron los continuadores, llegando á dictarse disposiciones varias sobre este asunto en el no largo espacio que media desde la época de D. Carlos IV hasta el 10 de Enero de 1879, fecha en que, como ya hemos dicho anteriormente, se dió la Ley de caza que vigente tenemos.

Las disposiciones legales más importantes que en el tiempo que media entre esas dos fechas se han dado, son: un Real decreto en 3 de Mayo de 1834, adicionado y completado por la Ley de 9 de Julio de 1856, Reales órdenes de 16 de Enero de 1865 y 14 de Febrero de 1871; un Reglamento de 23 de Enero de 1873, y otras varias disposiciones relativas al uso de armas, que en nada nos importa conocer, por ser su estudio más propio del Derecho administrativo, toda vez que pueden afectar más á cuestiones de orden público, que á determinar y resolver de quién debe estimarse la propiedad de los animales, que es lo que principalmente al Derecho civil interesa.

Examen de la vigente Ley de caza en los puntos que al Derecho civil importa conocer.—Como consignado queda, es ley vigente en materia de caza, la de 10 de Enero de 1879, la cual contiene preceptos que por su índole forman parte de la materia del Derecho civil, en tanto que otros, y son los más, corresponden más propiamente al Derecho administrativo.

Para nuestros fines lo que nos interesa es el estudio de las cuestiones que afectan á la propiedad de los animales cazados, y lo referente á las limitaciones que al ejercicio de la caza se ponen, en consideración y respeto al *Derecho de propiedad*.

Al definir legalmente la caza, para formarnos concepto de lo que es el derecho de ocupación de los animales libres, hemos adelantado la división que de estos establece la misma ley, y hemos fijado también lo que son todas y cada una de sus clases, cuyos conceptos no es necesario recordar en este lugar.

Dice la ley antes citada (1) que «los animales fieros ó salvajes pasan á poder de los hombres por la caza»; y que los «amansados ó domesticados son propios del que los ha reducido á esta

(1) Art. 6°.

condición mientras se mantienen en ella. Cuando recobran su primitiva libertad, dejan de pertenecer al que fué su dueño, y son del primero que los ocupa (1).

De los animales mansos ó domésticos dice (2): «Aunque salgan de su poder (*del poder del hombre*), puede reclamarlos de cualquiera que los retenga, pagando los gastos de su alimentación.

De estas declaraciones legales se deduce, que solo dos clases de los dichos animales pueden ser *ocupados* por medio de la caza: los fieros ó salvajes, y los amansados ó domesticados, cuando recobran su primitiva libertad. Se dice de estos últimos que solo al recobrar su primitiva libertad adquiere su propiedad el primero que los ocupa, porque solo entonces es cuando son considerados cosa *nullius*, suponiendo que han vuelto á su primitiva condición de fieros. >

> Con esta declaración que la Ley del 79 hace respecto á cuando pueden ser objeto de *ocupación* por caza los animales llamados amansados ó domesticados, podían presentarse muchas dudas y cuestiones acerca de *cuándo debía entenderse que un animal de esta clase había dejado de mantenerse en tal condición, por haber recobrado su primitiva libertad.*

El silencio de la ley lo han interpretado algunos comentaristas en el sentido de que el legislador ha dejado para resolver las cuestiones concretas en este punto, siempre difíciles, todo el arbitrio judicial necesario cuando es imposible determinar por reglas apriorísticas el criterio con sujeción al cual han de resolverse en la práctica los problemas callados por las leyes.

Otros entendían que ante este silencio de la ley debía aplicarse en este punto la doctrina del Derecho histórico, que declaraba, que dichos animales salían del poder de sus dueños y recobraban su libertad primitiva cuando habían huido tan lejos que no se veían, ó, aunque se vieran, cuando ya no había esperanzas de volver á cogerlos (3).

(1) Art. 4º.

(2) Pár. 2º del art. 5º.

(3) Ley XIX, tit. 28, Partida III.

Esta cuestión, frecuente en la práctica, y la diversidad de criterios que para resolverla existían, han quedado aclarados con la publicación del nuevo Código Civil, pues con buen criterio establece (1) que: «El propietario de animales amansados podrá también reclamarlos dentro de veinte días, á contar desde su ocupación por otro. Pasado este término, pertenecerán al que los haya cogido y conservado.» >

Limitaciones que la ley establece al derecho de ocupar por la caza los animales libres.—Aun reconocido el fundamento que se asigna al derecho de cazar, no puede afirmarse que quede en su ejercicio no sujeto á reglas de ninguna clase que impliquen limitaciones; pues las tiene impuestas por la misma ley positiva, ora por razones de orden público y de seguridad personal, ora por respetos al derecho de propiedad, ora por conveniencia de conservar los animales que son objeto de ella, para su reproducción.

La ley, reconociendo á todos, en principio, el derecho de cazar, establece las condiciones ó requisitos con arreglo á los cuales ha de ejercitarse: así, en su art. 8º, establece: «El derecho de cazar corresponde á todo el que se halle provisto de las correspondientes licencias de uso de escopeta y de caza.» Esto no debe entenderse, sin embargo, en el sentido de que todo el que se provea de dichas licencias tendrá derecho á cazar, por solo eso, en cualquiera clase de terreno ó propiedad, porque en este punto se establecen más adelante otras limitaciones.

Estas licencias de que habla la ley se obtienen del Gobernador civil de la provincia, sirviendo solo para un año y debiendo concederse con arreglo á las leyes (2). Exceptúase de este principio la facultad que los Capitanes generales tienen de conceder licencias gratuitas é intransferibles de caza á los militares en activo servicio, á los retirados con sueldo y á los condecorados con la cruz de San Fernando (3).

Por iguales consideraciones de orden público y seguridad personal, se prohíbe cazar de noche con luz artificial; y también

(1) Pár. 3º del art. 612.

(2) Art. 28 de la Ley de caza.

(3) Art. 29 de la misma.

con arma de fuego á la distancia de un kilómetro, contado desde la última casa de la población.

Por razón del derecho de propiedad, se establecen las siguientes limitaciones al ejercicio de la caza:

1ª En propiedad privada nadie puede cazar sin permiso *escrito* de su dueño. En el permiso á un tercero para cazar en propiedad del autorizante, podrá establecer éste las condiciones que tenga por conveniente, pero sin contrariar las de la ley (1).

2ª Considerándose cerradas y acotadas todas las dehesas, heredades y demás tierras de cualquiera clase pertenecientes á dominio particular, nadie puede cazar en las que no estén materialmente amojonadas, cerradas ó acotadas sin permiso escrito de su dueño mientras no estén levantadas las cosechas.

En los terrenos cercados y acotados materialmente ó en los amojonados nadie puede cazar sin permiso del dueño (2).

3ª El cazador que, usando de su derecho de caza, desde una finca donde le sea permitido cazar hiera una pieza de caza menor que cae ó entra en propiedad ajena, tiene derecho á ella; pero no podrá entrar en esta propiedad sin permiso del dueño cuando la heredad esté materialmente cerrada por seto, tapia ó vallado, si bien el dueño de la finca tendrá el deber de entregar la pieza herida ó muerta.

Cuando la heredad no esté cerrada materialmente, el cazador podrá penetrar sólo á coger la pieza herida ó muerta sin permiso del dueño; pero será responsable de los perjuicios que cause (3).

4ª Cuando una finca pertenece á diversos dueños, cada uno de los propietarios, por sí ó por la persona que le represente, tiene derecho á cazar; pero no podrá conceder permiso á otro que no sea su representante para que lo haga mientras no obtenga el consentimiento de los condueños que reúnan al menos dos terceras partes de la propiedad (4).

(1) Pár. 3º del art. 9º de la Ley de caza y art. 10 de la misma.

(2) Art. 15, id.

(3) Art. 16, id.

(4) Art. 12, id.

5ª Cuando el usufructo se halle separado de la propiedad ó la finca esté concedida en enfiteusis, el derecho de cazar corresponde al usufructuario ó enfiteuta. Cuando la finca esté en administración ó en depósito judicial ó voluntario, incumbe al administrador ó depositario la facultad de conceder ó negar el permiso de cazar (1).

6ª El dueño, usufructuario, enfiteuta, arrendatario, administrador ó depositario de una finca, no podrá usar reclamos ni otros engaños, para atraer la caza, á distancia de 500 metros de los predios colindantes, á no ser que los dueños de estos le autoricen por escrito; ni tampoco le será permitido colocar en los caminos, sendas ó veredas de su propiedad, los útiles para la destrucción de animales dañinos ó para procurar la seguridad de la finca (2).

Por la conservación de la caza, se establecen las siguientes limitaciones al ejercicio de esta:

1ª Se prohíbe cazar en tiempo de veda, ó sea, durante la época de reproducción de los animales, que comprende los seis meses que median desde 1º de Marzo á 1º de Septiembre, para las provincias de Alava, Avila, Burgos, Coruña, Guipúzcoa, Huesca, León, Logroño, Lugo, Madrid, Navarra, Orense, Palencia, Pontevedra, Salamanca, Santander, Segovia, Soria, Valladolid, Vizcaya y Zamora; en las demás del reino, incluidas Baleares y Canarias, desde el 15 de Febrero al 15 de Agosto. En las albuferas donde se acostumbra á cazar los ánades silvestres, podrá realizarse hasta el 31 de Marzo (3).

Las palomas, tórtolas y codornices podrán cazarse desde 1º de Agosto en aquellos predios en que se encuentren levantadas las cosechas.

Las aves insectívoras no pueden cazarse en tiempo alguno, en atención al beneficio que reportan á la agricultura.

2ª La caza de la perdiz con reclamo queda absolutamente

(1) Art. 14, id.

(2) Art. 24, id.

(3) Art. 17, id.

prohibida en todo tiempo, salvo lo dispuesto en el art. 18 de la Ley que venimos citando (1). Se prohíbe igualmente la formación de cuadrillas para perseguir las perdices á la carrera, ya sea á pié ó á caballo (2).

3ª Se prohíbe en todo tiempo la caza con hurón, lazos, perchas, redes, liga y cualquier otro artificio, excepción hecha de los pájaros que no sean declarados insectívoros, y la que se marca á favor de los dueños de las tierras á que alude la Ley de caza en su artículo 18 (3).

Después de las disposiciones que extractadas dejamos, sigue hablando la Ley de otras especies de caza; pero por no ser más prolijos en este estudio, cuyos detalles pueden consultarse en la tantas veces referida Ley, vamos á tratar solo de la caza de las palomas y de la ocupación de las abejas, ya que para ambas hace declaraciones especiales el Código Civil.

Dice la Ley de 1879, en sus artículos 32 y 33, que «no podrá tirarse á las palomas domésticas ajenas, sino á la distancia de un kilómetro de la población ó palomares, y aun así no podrá hacerse con señuelo ó cimbeles, ni otro engaño».

«Para evitar los perjuicios que en ciertas épocas del año pueden causar las palomas, tanto domésticas como silvestres, dedicadas á criaderos en palomar, los Alcaldes de los pueblos donde existan los palomares dictarán las disposiciones que crean oportunas, fijando las épocas en que deben hallarse cerrados.»

El Código Civil, en su artículo 613, dice que «las palomas, conejos y peces que de su respectivo criadero pasaren á otro perteneciente á distinto dueño, serán propiedad de éste, siempre que no hayan sido atraídos por medio de algún artificio ó fraude.»

Como podemos observar, ninguna contradicción existe entre las declaraciones de estas dos leyes, sino que ambas se completan y pueden perfectamente armonizarse, puesto que se refieren á casos distintos. De conformidad con lo declarado por el

(1) Art. 19, ley citada.

(2) Pár. 2º del art. 20, id.

(3) Art. 20, id.

Código, podemos hacer nuestras las palomas domésticas, de cualquiera que sean, desde el momento que pasan á nuestro criadero: según la Ley de caza, no pueden cazarse en los terrenos en que de ordinario no está prohibida, sino á la distancia de un kilómetro.

Lo que sucede es, que los términos usados por el Código darán lugar á juicios y resoluciones distintas, según se entiendan los términos *criadero* y *pasaren*.

Respecto á la palabra *criadero*, siguiendo una de las más generales reglas de interpretación, diremos: que no distinguiendo el legislador, hay que entender que se refiere á toda clase de criaderos; ya á los que el hombre construye, llamados palomares, ya á los que las mismas palomas confeccionan en los bosques.

Por lo que se refiere á la palabra *pasaren* entendemos que no admite otra interpretación que la gramatical, esto es, que no debe dársele otro alcance que el que en sí tiene, por lo cual creemos que bastará con que las palomas de un criadero se *trasladen* á otro, sin que sean atraídas por medio de algún artificio ó fraude, para adquirir sobre ellas la propiedad.

El silencio de la Ley civil en punto á la penalidad que debe imponerse cuando sean atraídas por medio artificioso ó fraudulento, debe suplirse entendiendo que el que tal hace, está obligado á devolver los animales ó su precio, é indemnizar los perjuicios que con ello se hubiesen producido al que es estimado como verdadero dueño.

El Fuero Real y el Código de las Partidas declararon, que mientras las palomas no perdieran la costumbre de venir á buscar su albergue, eran del dueño del palomar; pero que una vez que la perdían y se fugaban, eran del primero que las ocupaba, como cualquier otro animal libre.

Especial declaración del Código Civil, sobre ocupación de las abejas.—El Código Civil dice en su art. 612: «El propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho á perseguirlo sobre el feudo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviese cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él.»

«Cuando el propietario no haya perseguido ó cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor del feudo ocuparlo ó retenerlo.»

Este precepto legal tiene sus precedentes en los Códigos históricos. La Ley XVII del tít. 4º del libro III del Fuero Real establecía, «que cuando las abejas que enjambre suben en arbol de alguno, si otro las coge y las encierra antes que el dueño del arbol, las puede haber ó hacer suyas»; pero este último puede impedir á todos que entren en su heredad antes que las abejas sean presas y encerradas, y no pierde el derecho á ellas mientras las persiga para recobrarlas, permitiéndole al efecto penetrar en campo ajeno para coger los enjambres que se le escapen. Esto es, que el dueño de las abejas ó enjambres que vuelan de las colmenas tiene derecho á recobrarlas, y estas no se hacen del primer ocupante en tanto que aquél no deje de perseguirlas, renunciando de este modo á su dominio.

En términos análogos se pronunció la Ley XXII del tít. 28 de la Partida III.

Como puede observarse, el precepto legal actual en el punto que estamos estudiando es conforme con sus precedentes, y dada su sencilla redacción, que es como queda expuesto, casi no necesita aclaración. Creemos que cualquiera que sea el modo de estar el feudo ajeno en que el enjambre de abejas se pose, su dueño perseguidor deberá abonar á aquél el daño que le causase; y si no obtuvo para ello el consentimiento del dueño, siendo el feudo cercado, incurrirá en la penalidad que marca el art. 609 del Código penal, porque en tal caso no puede menos de estimarse que el hecho constituye una falta contra la propiedad.

El apartado segundo del art. 612 del Código Civil fija el plazo durante el cual el dueño del enjambre debe perseguirlo si no quiere perder el derecho á la propiedad del mismo, y que lo adquiere el poseedor del feudo en que se pose: este plazo es de dos días *consecutivos*, pasados los cuales, podrá el poseedor del feudo ocuparlo ó retenerlo. Lo de que los dos días de persecución del enjambre han de ser *consecutivos*, hay que entenderlo en el sentido de que no han de ser *alternados*, porque lo que la ley

seguramente quiere en este punto, tratándose de animales de tan preciada y especial utilidad, es determinar en plazo breve de quién es la propiedad de animales que necesitan de algunos cuidados para dar su producción en condiciones de buen aprovechamiento, cuidados que no han de prestársele por quien supiera no tenía derecho á ocuparlo y retenerlo.

El párrafo 2º del artículo á que nos venimos refiriendo, declara la propiedad del enjambre no perseguido en los dos días que fija, á favor del *poseedor* del feudo donde vaya á parar, que es al que creemos que debe indemnizarse el daño causado por el dueño del enjambre al perseguirlo, si dicho daño se hace en las siembras ó plantaciones. Si se hiciese en la propiedad ó heredad misma (como sería derribando un pedazo de pared para penetrar en el feudo), en tal caso, el abono de daños y perjuicios lo haría al *propietario*, no al *poseedor*, incurriendo además en la sanción del art. 609 del Código Penal, ya citado, por la razón apuntada en aquel lugar.

Puede presentarse la cuestión de á quién correspondería la propiedad del enjambre no perseguido en tiempo oportuno por el dueño, cuando después de pasados los dos días que marca el precepto legal, cesase el *poseedor* en la posesión del feudo á que aquel fué á parar, por haber terminado el tiempo del usufructo, arrendamiento, etc., en cuyo título fundaba la posesión: si al *propietario* del feudo, ó al que lo había *poseído*. O lo que es lo mismo, si en este caso puede el *poseedor* que cesa en la posesión llevarse el enjambre, ó tiene que dejarlo en beneficio del *propietario*.

La cuestión sería fácil de resolver fijándose solo en la redacción literal del párrafo 2º del artículo 612 del Código Civil; porque al decir que el poseedor podrá *ocuparlo ó retenerlo*, parece que le concede una propiedad absoluta sobre él. Pero á nuestro entender, hay que *distinguir* en el caso propuesto, según que se trate de un *usufructuario* ó de un *arrendatario*. Si lo primero, el enjambre debe ceder en beneficio del propietario del feudo, ora se le considere como fruto natural (y no es raro darle esta significación, ya que se trata de una ocupación sin *acto* ni *volun-*

tad del ocupante), ora se estime (que es lo más propio) como un aumento que la finca recibe por *accesión*; pues es sabido que los frutos pendientes al terminar el usufructo pertenecen al propietario, y también que el usufructuario puede *disfrutar*, no *disponer*, del aumento que reciba por *accesión* la cosa usufructuada. Lo que sucedería es, que estimado como fruto natural (esta consideración más bien la merecía la miel, producto de las abejas, no estas mismas), el propietario estaría obligado á abonar al usufructuario los gastos ordinarios de producción hechos por él.

En el caso de *arrendamiento* varía la solución á la cuestión, pudiendo pensarse que la propiedad del enjambre cederá en beneficio del arrendatario, toda vez que éste, al concluir el arriendo, solo tiene obligación de devolver la finca tal como la recibió, salvo lo que hubiese perecido ó se hubiera menoscabado por el tiempo ó por causa inevitable.

II. **De la pesca.**—Ya digimos en su lugar correspondiente que la pesca se rige, para los efectos que aquí nos importa estudiar, por el Real decreto de 3 de Mayo de 1834; por la Ley de aguas de 13 de Junio de 1879, que dedica algunos de sus artículos á este particular, como son el 123 y los comprendidos desde el 129 al 133, ambos inclusive; y por la declaración que hace el Código Civil en su art. 613. Otras varias disposiciones legales se han dictado sobre el particular y que por ser su contenido materia más propia del Derecho administrativo no nos detenemos á indicarlas ni examinarlas.

Para lo que al Derecho civil importa en materia de pesca, que es determinar de quién es la propiedad de los animales pescados, hay que comenzar por distinguir la pesca, según se haga en aguas de dominio privado ó público; y en cuanto á esta según que se trate de la hecha en aguas dulces, ó de la hecha en el mar.

Las reglas que rigen en cuanto á la pesca hecha en aguas del dominio privado, son las siguientes:

1ª Los dueños de estanques, lagunas ó charcas que se hallen en tierras cercadas, están autorizados en virtud del derecho de propiedad para pescar en ellos todo el año, sin sujeción á regla alguna. Se entienden por tierras cercadas las que lo estén entera-

mente y no á medias ó aportilladas, de suerte que no puedan entrar en ellas las caballerías (1).

Este derecho de los dueños es transmisible á sus arrendatarios, conforme á los pactos que estipulen (2).

2ª Se prohíbe á los dueños y arrendatarios de estanques y lagunas que se hallen en tierras abiertas, aunque estén amojonadas, pescar en ellas envenenando ó inficionando de cualquier modo el agua, por los perjuicios que esto puede causar á las personas ó animales transeuntes que las bebiesen (3).

3ª Si las lagunas y aguas estancadas lindasen con tierras de varios dueños, podrá cada cual pescar desde su orilla, con sujeción á las reglas generales establecidas; pero poniéndose los dueños de común acuerdo, podrán pescar conforme á las reglas precedentes, como si fuera uno solo el dueño (4).

4ª En las aguas corrientes á que sirven de linde tierras de propiedad particular, podrán los dueños de estas pescar desde la orilla hasta la mitad de la corriente con sujeción á las restricciones de ordenanza, y nadie podrá hacerlo sin su licencia (5).

Las reglas dictadas para la pesca en aguas privadas que la Ley de 1879 establece, son análogas y no merecen especial mención. Tampoco la hacemos del precepto del art. 613 del Código Civil, porque no hay más que recordar lo dicho acerca de él al hablar de la caza, ya que es común á ambas.

La doctrina referente á la pesca en aguas del dominio público, ya sean dulces, ó en el mar, es exclusiva del Derecho administrativo y por eso prescindimos aquí de su estudio, habiendo de concluir el de esta materia exponiendo las *restricciones* que á toda clase de pesca se ponen, y son:

1ª Se prohíbe pescar envenenando ó inficionando las aguas en ningún caso fuera del de ser estancadas y estar enclavadas

(1) Art. 33 del Real decreto de 3 de Mayo de 1834.

(2) Art. 37 del citado decreto.

(3) Art. 38 de id.

(4) Art. 39 de id.

(5) Art. 40 de id.

en tierras cercadas de propiedad particular. Los infractores, además de los daños y costas, pagarán 40 reales por la primera vez, 60 por la segunda y 80 por la tercera (1).

2ª Se prohíbe así mismo pescar con redes ó nasas cuyas mallas tengan menos de una pulgada castellana ó el duodécimo de de un pié en cuadro, fuera de los estanques ó lagunas que sean de un solo dueño particular, el cual podrá hacerlo de cualquier modo (2).

3ª Desde 1º de Marzo hasta último de Julio, se prohíbe pescar no siendo con la caña ó anzuelo, lo cual se permite en cualquier tiempo del año (3).

III **Invención y hallazgo.**—Al señalar las especies de ocupación que los autores distinguen, indicábamos aparte, y como cosas distintas, la *invención* y el *hallazgo*; pero como su concepto legal no difiere, pues ambos se refieren á la adquisición de cosas encontradas que nunca han tenido dueño, ó que en la actualidad nos es desconocido, son términos que en la práctica llegan á confundirse y de aquí que nosotros los estudiemos agrupados; no sin dejar consignada la diferencia que entre ellos se marca, cual es: que la *invención* se refiere á los bienes inmuebles, y el *hallazgo* á los muebles, distinción que ya hacían las leyes de Partida.

Reglas de derecho porque se rigen estas especies de adquirir por ocupación.—El derecho positivo no distingue, en rigor de términos, los conceptos *invención* y *hallazgo*; si bien puede deducirse que para cada uno de ellos dicta reglas especiales, si, como antes indicamos, el primero se refiere á los bienes inmuebles y el segundo á los muebles; pues cuando habla de lo que llama *tesoro*, dice que pertenece al dueño del terreno en que se hallare, sin duda por estimarlo como parte integrante y una misma cosa con el inmueble: y solo en el caso de que el descubrimiento se hubiese hecho por casualidad, adjudica la mitad al descubridor, ora se hallare en propiedad ajena, ora del Estado.

(1) Art. 45 del citado decreto.

(2) Art. 46 de id.

(3) Art. 47 de id.

Dice la ley (1) que se entiende por tesoro, para los efectos que en ella se declaran, «el depósito oculto é ignorado de dinero, alhajas ú otros objetos preciosos, cuya legítima pertenencia no conste».

Según puede observarse con solo leer el precepto legal, el Código ha prescindido de incluir en el concepto que de *tesoro* dá, el término ó palabra *antiguo*, que por exigirlo la legislación romana y la antigua patria era de empleo preciso en los autores al tratar de definirlo. No es, pues, necesario hoy, que ese dinero, alhajas ú otros objetos preciosos que pueden formar la materia del tesoro, lleven mucho tiempo ocultos, sino que basta con que en la *actualidad*, en el momento de ser hallados, no conste su legítima pertenencia.

Al fijar reglas el Código para determinar la propiedad del tesoro, hace distinción según que este sea hallado por *casualidad* ó *estudiadamente*; dando solo en el primer caso al descubridor la mitad, y nada en el segundo. La otra mitad, cuando el hallazgo es casual, la adjudica la ley al dueño del terreno, ya sea éste un particular, ó el Estado.

Concluye la ley positiva en este punto haciendo una declaración tan nueva como importante, que viene á significar una *nueva especie de expropiación*, única que nosotros conocemos sobre bienes muebles. Nos referimos al precepto consignado en el último párrafo del art. 351 del Código Civil, que dice así: «Si los objetos descubiertos fueren interesantes para las Ciencias ó las Artes, podrá el Estado adquirirlos por su justo precio, que se distribuirá en conformidad á lo declarado.»

Esta declaración á que se refiere no es otra que la de que la mitad pertenecería al dueño del terreno y la otra mitad al descubridor, si se hubiese hallado por *casualidad*; y si *estudiadamente*, todo el precio sería para el dueño del terreno en que se hubieren hallado estos objetos interesantes para las Ciencias y Artes.

Es declaración importante y plausible, porque refleja deseo en el legislador de que el Estado fomente los medios de adelan-

(1) Art. 352 del Código Civil.

to y enriquecimiento para las Ciencias y Artes, sin atropellar para ello los intereses del particular, que garantiza mediante el abono del justo precio; precio que aunque la ley no lo dice, se determinará mediante apreciación pericial.

Al estudio de lo que propiamente se ha venido llamando *hallazgo* en nuestro Derecho histórico, consagra el nuevo Código Civil sus artículos 615 y 616, inspirados en un criterio que se separa en mucho del que habían venido siguiendo las leyes anteriores.

Comienza el primero de los artículos mencionados consignando un principio que sin reserva alguna debemos aplaudir, por la moralidad que entraña; pues considerando el legislador que nadie por *voluntad* y con *propósito de no recuperarlas* se desprende de las cosas que le son útiles, preceptúa, que: «El que encontrare una cosa mueble, que no sea tesoro, debe restituirla á su anterior poseedor. Si éste no fuere conocido, deberá consignarla inmediatamente en poder del Alcalde del pueblo donde se hubiese verificado el hallazgo».

No declara la ley la propiedad de estos objetos así hallados á favor de la persona que los halla tan de plano como lo hace en los demás casos de ocupación, porque parte del principio de que falta el primer requisito para que la *ocupación* como modo de adquirir tenga lugar: ese requisito es el de ser *nullius* la cosa ocupada; y en el caso que estudiamos falta, por suponer la ley que las cosas muebles que no constituyen *tesoro*, que en un momento determinado se encuentran sin dueño, lo están por haberlas éste *perdido*, no por haberlas abandonado con ánimo de desposeerse de ellas, y mucho menos por no haberlo tenido nunca. Esa propiedad no la declara la ley á favor del que verifica el *hallazgo*, sino cuando *no cabe ya duda*, según el resultado de las indagaciones hechas, de que el dueño no parece, por no haberse presentado, al anuncio que el Alcalde hará publicar, en la forma acostumbrada, dos domingos consecutivos. El plazo que marca es de dos años, á contar desde la segunda publicación; publicación que se hará por medio de pregones ó bandos, ó mediante anuncio en los periódicos oficiales.

Atento el legislador á que tratándose de cosas muebles ocurrirá con frecuencia que no podrán conservarse sin deterioro ó sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor, ordena que en este caso se vendan las cosas *halladas* en pública subasta, luego que hubiesen pasado ocho días desde el segundo anuncio sin haberse presentado el dueño, depositando su precio.

No dice la ley en quién ni cómo se depositará este precio, y su silencio creemos que debe interpretarse en el sentido de querer que este depositario sea el Alcalde, ya que por medio de su autoridad se hace público el hecho del hallazgo; si bien no es aventurado suponer que cuando de cosa de entidad se trate, deberá custodiarse su importe en los establecimientos públicos, como el Banco de España ó la Caja general de Depósitos; y más bien en aquel que al propio tiempo que lo custodian, si es posible, produzca.

El respeto grande que la ley guarda al dueño de objetos muebles perdidos, no llega hasta el extremo de dejar sin *recompensa ó premio* alguno al que tuvo la fortuna de hallarlos y la moralidad suficiente para restituirlos, sino que ordena en su artículo 616, que: «Si se presentare á tiempo el propietario, estará obligado á abonar, á título de premio, al que hubiese hecho el hallazgo, la décima parte de la suma ó del precio de la cosa encontrada. Cuando el valor del hallazgo excediese de 2,000 pesetas, el premio se reducirá á la vigésima parte, en cuanto al exceso.»

Por estimar meritoria la acción de devolver á su dueño la cosa que se perdió, se dá un premio al que la realiza; en tanto que por estimar demeritoria la contraria se establece una pena para ella; pues sabido es que el Código penal considera como reos de hurto á «los que, encontrándose una cosa perdida, y sabiendo quién es su dueño, se la apropiaren con intención de lucro.»

Los tratadistas de Derecho civil presentan la cuestión de si será también punible el hecho de no consignar las cosas muebles encontradas, en poder del Alcalde; cuestión que es resuelta de distintos y opuestos modos, por estimar unos que ampliada la

obligación de restituir las cosas muebles *halladas*, aun ignorando quién sea su dueño, el apropiárselas con ánimo de lucro, constituye un hecho punible; al paso que otros niegan esta conclusión, por atenerse á la letra del párrafo 2º del art. 530 del Código penal, cuyo contenido es el que antes dejamos apuntado; creyendo por ello que no hay delito sino cuando no se devuelve una cosa que se halla perdida, *sabiendo quién es su dueño*.

Nosotros suscribimos en esta cuestión la solución negativa, porque sabido es que las leyes penales deben interpretarse en sentido restrictivo; y sobre todo, por la consideración, muy de tener en cuenta, de que inspirada nuestra ley penal en el principio de que no es delito aquello que el legislador no ha considerado como tal, no habría Juez ni Tribunal que castigara el hecho que se discute, en tanto que no varíe la legalidad vigente: y lo único que harían en este caso sería proceder conforme al artículo 2º del Código penal, que ordena, que: «En el caso en que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de reprehensión y que no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él, y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.»

Concluye el Código Civil el estudio de la ocupación como modo de adquirir la propiedad, consignando un precepto referente á lo que ha venido conociéndose con el nombre de *Bienes mostrencos*, y dice á este efecto en su art. 617: «Los derechos sobre los objetos arrojados al mar ó sobre los que las olas arrojen á la playa, de cualquier naturaleza que sean, ó sobre las plantas y yerbas que crezcan en su ribera, se determinan por leyes especiales.»

Estas leyes especiales no son otras que la de 9 de Mayo de 1835, y la de 7 de Mayo de 1880, vigentes hoy conforme á lo que determina el art. 1,976 del Código Civil, en su último punto.

La primera de las leyes citadas, llamada de Bienes mostrencos, declara pertenencia del Estado los buques que por naufragio arriben á las costas del reino, lo mismo que los cargamentos, frutos, alhajas y demás que se hallen en ellos, luego que, pasado el

tiempo prevenido en las leyes, resulte no tener dueño conocido. Igualmente pertenece al Estado lo que la mar arroje á las playas, aunque no sea procedente de buques que hubiesen naufragado, cuando resulte no tener dueño conocido. Solo exceptúa de esta regla los productos de esta misma mar y los efectos que otras leyes conceden al primer ocupante, á aquel que los encuentra.

La segunda ley indicada, ó sea la de 1880, llamada de Puertos, declara que pertenece al Estado todo lo que el mar arroje á la orilla y no tenga dueño conocido. Determina que la Hacienda pública se incautará de ello mediante inventario previo y justiprecio, quedando responsable á las reclamaciones de tercero y al pago y recompensas de hallazgo y salvamento con arreglo á lo prescrito en las leyes y reglamentos.

Legislación foral referente á la ocupación

Cataluña.—I *Caza y pesca.*—Pocas son las disposiciones especiales del derecho catalán en estos puntos, por tener admitidas las que de carácter administrativo se han dado como generales.

Es también principio general, lo mismo que en Castilla, que la facultad de cazar y pescar es común á todos los hombres, bien que con las limitaciones impuestas por las leyes.

Por estos medios solo puede adquirirse el dominio de los animales salvajes y de los amansados que han perdido la costumbre de ir y volver.

Tiene Cataluña en estos particulares, como derecho supletorio, el Derecho romano, y en defecto de este son de aplicar las reglas del Código Civil que dejamos apuntadas, según se preceptúa en el art. 12 del mismo.

II *Invención y hallazgo.*—El concepto de estas especies de ocupación para adquirir por ellas el dominio de las cosas, es igual que el que hemos dado al explicarlas en derecho común; y de igual modo que este, concede el derecho catalán la propiedad de las cosas al que por estos medios las ocupa.

Distingue la *invención* de cosas que no han pertenecido á nadie, como son: las llamadas cosas preciosas, los minerales de los rios, las arenas auríferas, y las perlas y corales hallados en el mar ó sus riberas. La *invención* de cosas abandonadas por sus dueños, si en la aprehensión concurren los requisitos apuntados al hablar de este particular en el llamado derecho de Castilla: y de cosas cuyo dueño se ignora en absoluto.

Estudia el derecho catalán cuatro especies en el *hallazgo* de cosas cuyo dueño se desconoce: en la primera comprende los bienes mostrencos, y los vacantes cuando en los abintestados no hay personas á reclamarlos dentro del grado de parentesco que las leyes designan; buques náufragos, y alhajas y efectos de su cargamento en la segunda; en la tercera lo que la mar arroja á las playas, no siendo producto de la misma; y en la cuarta el tesoro.

Aragón.—I *Caza y pesca.*—El derecho aragonés admite también estas especies de ocupación como medios de adquirir por ellas la propiedad, y tiene pocas especialidades, por regir como en Castilla el Real decreto de 1834. Su Fuero establece que es del cazador la pieza que con sus perros mata en yermo ó des poblado. Pero si perseguida por ellos se metiese en poblado donde los hombres del lugar la cogieren, al cazador no le corresponde más que la mitad y la piel.

Se prohíbe también en el derecho aragonés matar las palomas sino con ballesta, y á 300 pasos del palomar.

Está prohibido cazar en terrenos públicos desde 1º de Abril hasta 1º de Septiembre en la provincia de Huesca, y desde 1º de Marzo á 1º de Agosto en las de Zaragoza y Teruel.

En lo referente á la pesca no tiene el derecho aragonés prescripciones especiales, rigiendo el derecho común ó de Castilla.

II *Invención y hallazgo.*—En este particular tiene admitido el derecho aragonés las prescripciones del derecho común; reconociendo que el acto de encontrar una cosa que se busca ó la casualidad ofrece, constituye una especie de ocupación y sigue sus reglas. Como exponer estas no sería otra cosa que repetir lo que tenemos dicho, las omitimos por completo en este lugar, re-

mitiendo al lector á la doctrina explicada al hablar de este particular según lo establecido por el Código Civil.

1200 Navarra.—I *Caza y pesca.*—La legislación de Navarra ofrecía algunas más particularidades que la de Cataluña y Aragón en esta materia. Prohibían las leyes navarras poner lazos á las palomas á la distancia que marca la sombra del palomar en la hora del día en que es mayor su extensión; y tirarlas, matarlas ó cogerlas por artificio á la distancia de media legua del palomar.

1201 Distinguían las leyes navarras entre la caza mayor y menor, para determinar de quién era la propiedad del animal cazado en el caso de que uno le hiera y otro se apodere de él: en la mayor, al que hería á la fiera le correspondía la cabeza con el pescuezo, y si lo hacía con lanza ó con saeta, la mitad, y el resto se repar-tía entre él y quien la mataba: en la menor se declaraba la propiedad de aquél que la levantaba y hería.

1202 La caza que caía en cepto era de quien lo puso; pero si algunos cazadores manifestasen á éste que iban á cazar con otros llevando perros y caballos, y le requirían para que quitase las trampas que pueden causarles un mal, y él no lo hiciere, debía resarcir todos los daños y perjuicios que se originasen.

1203 Todas estas disposiciones citadas han sido derogadas por las que, con carácter general, se han dado en este siglo.

Queda, sin embargo, como especialidad de su derecho, algún precepto referente á las abejas; pues se prohíbe edificar colmenar á distancia de 300 varas de otro antiguo. Los ganados no pueden aproximarse á los colmenares á la distancia de diez varas en los meses de Abril y Mayo. Cuando se sale un enjambre de su vaso y el dueño lo persigue sin perderlo de vista, tiene derecho á recuperarlo aunque se haya metido en vaso de otro, llevándose el enjambre y el vaso ajeno, siempre que en el mismo día vuelva otro vaso bueno ó su estimación.

II *Invención y hallazgo.*—En este punto rigen en toda su integridad las doctrinas romanas, y como supletorio el Código.

DOCTRINA LEGAL

Art. 610. Se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas.

Art. 611. El derecho de caza y pesca se rige por leyes especiales.

Art. 612. El propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho á perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de este el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él.

Cuando el propietario no haya perseguido, ó cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor de la finca ocuparlo ó retenerlo.

El propietario de animales amansados podrá también reclamarles dentro de veinte días, á contar desde su ocupación por otro. Pasado este término, pertenecerán al que los haya cogido y conservado.

Art. 613. Las palomas, conejos y peces, que de su respectivo criadero pasaren á otro perteneciente á distinto dueño, serán propiedad de éste, siempre que no hayan sido atraídos por medio de algún artificio ó fraude.

Art. 614. El que por casualidad descubriere un tesoro oculto en propiedad ajena, tendrá el derecho que le concede el art. 351 de este Código.

Art. 615. El que encontrare una cosa mueble,

que no sea tesoro, debe restituirla á su anterior poseedor. Si éste no fuere reconocido, deberá consignarla inmediatamente en poder del Alcalde del pueblo donde se se hubiese verificado el hallazgo.

El Alcalde hará publicar este, en la forma acostumbrada, dos domingos consecutivos.

Si la cosa mueble no pudiese conservarse sin deterioro, ó sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor, se venderá en pública subasta luego que hubiesen pasado ocho días desde el segundo anuncio sin haberse presentado el dueño, y se depositará su precio.

Pasados dos años, á contar desde el día de la segunda publicación, sin haberse presentado el dueño, se adjudicará la cosa encontrada, ó su valor, al que la hubiese hallado.

Tanto éste como el propietario, estarán obligados, cada cual en su caso, á satisfacer los gastos.

Art. 616. Si se presentare á tiempo el propietario, estará obligado á abonar, á título de premio, al que hubiese hecho el hallazgo, la décima parte de la suma ó del precio de la cosa encontrada. Cuando el valor del hallazgo excediese de 2,000 pesetas, el premio se reducirá á la vigésima parte en cuanto al exceso.


Art. 617. Los derechos sobre los objetos arrojados al mar ó sobre los que las olas arrojen á la playa, de cualquier naturaleza que sean, ó sobre las plantas y hierbas que crezcan en su ribera, se determinan por leyes especiales.



CAPITULO III

De la donación como modo de adquirir

CONSIDERACIÓN PRÉVIA

S cuestión tan debatida por los tratadistas la de si la donación es ó no un verdadero contrato, que pasarla en silencio, sin recordar siquiera los términos en que se halla empeñada, sería punible olvido en que no quieren incurrir ni aun los que se dedican al *comento* del Código Civil. Y si esto hacen los que por la finalidad de su trabajo podrían creerse relevados de tomar parte en esta discusión, preséntase para nosotros con mayor imperio la obligación de decir algo sobre el particular, ya que el carácter *doctrinal* de nuestro trabajo no permite excusarnos de hacer alguna consideración acerca del punto en cuestión, aunque creamos con toda la firmeza de nuestras convicciones, que el hecho de dar al debate una ú otra solución importa poco á lo principal que debemos proponernos en esta clase de estudios.

Es opinión la más generalizada, que la donación es un contrato; y algunos de sus mantenedores, entre los que se citan

tratadistas tan eminentes como Gutiérrez, Sánchez Román, Falcón, Viso, etc., no se paran á pensar sobre la opinión contraria, y como cosa fuera de toda duda se dedican á estudiarla entre los contratos, siquiera la coloquen en lugar distinto cuando hacen la clasificación de los mismos. Sánchez Román, sin desconocer que la donación, como un acto de pura liberalidad, en su origen, es por completo independiente del consentimiento de aquél en cuyo provecho se ejerce, y que por esto puede existir jurídicamente por la sola voluntad del donante, ya que no le está prohibido disponer de lo que es suyo, encuentra, que no pudiendo nadie obligarnos, contra nuestra voluntad, á recibir dones de cualquier género que sean, es preciso la concurrencia de las dos voluntades, de donante y donatario, con lo que viene á crearse una relación contractual, y la donación, de simple acto de beneficencia ó liberalidad, transfórmase en un verdadero contrato.

¶ Para Falcón, la donación es contrato, por existir en ella la concurrencia de dos voluntades armónicas, de dos consentimientos distintos, aunque no siempre simultáneos y presentes; pero al fin dos voluntades concertadas, formando vínculo civil, que es lo que constituye la esencia de una convención. Será un contrato eminentemente benéfico, señaladamente liberal; pero es al fin un contrato, porque necesita el concurso de dos voluntades para producir el efecto capital de transmitir el dominio de las cosas. ¶

Abunda también en la opinión de que la donación es un contrato, el comentarista Q. Mucius Scævola, quien atinadamente observa, que así debe llamársele, por concurrir en ella los requisitos que, como esenciales á todo contrato, señala el artículo 1,261 del Código Civil, como son: 1º Consentimiento de los contratantes: 2º Objeto cierto que sea materia del contrato: 3º Causa de la obligación que se establezca.

Que existe el consentimiento, es tema que no necesita discutirse, sino enunciarse—sigue diciendo el mismo comentarista—puesto que, si según el art. 1,262, el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, es llano que siendo de

esencia en la *donatio* la aceptación por el donatorio, hay *consensus*, porque en el ofrecer y el aceptar reside el consentir.

Hay objeto en la donación, toda vez que versa siempre sobre la transmisión, bien que sea gratuita, de alguna *cosa*.

Y hay causa, porque al decir del art. 1,274 del Código, en los contratos de beneficencia, carácter que predomina en la donación, se entiende por causa la mera liberalidad del bienhechor.

Frente á estas opiniones existe la de algún tratadista, como Navarro Amandi, quien sostiene, que la necesidad de la aceptación, ó sea el concurso de voluntades de donante y donatario, no es suficiente para convertir en relación contractual la donación; pues aceptación ó concurso de voluntades se necesita en el matrimonio, en la licencia para celebrarlo, en la tutela, en el albaceazgo y en la herencia, y no puede decirse que estos pierdan su especial naturaleza para convertirse en contratos.

Si de los escritores y comentaristas pasamos á examinar la opinión de los legisladores, también hallaremos que no hay conformidad entre ellos al tratar de calificar la donación; diversidad de opinión que no solo se presenta en los Códigos actuales, sino que también existe en los históricos; y hasta en la legislación de un mismo país ha merecido consideración distinta según los tiempos.

Así vemos que en Roma no fué considerada la donación como contrato hasta una constitución que dieron los emperadores Diocleciano y Maximiano. En nuestra patria merece ya la consideración de contrato para las Leyes de Partida y las Recopiladas, y vuelve á ser considerada como modo de adquirir la propiedad y los demás derechos sobre los bienes, por el Código Civil, que es el carácter que le dieron las leyes romanas anteriores á los emperadores citados.

Los Códigos de Portugal y Méjico, estudian la donación entre los contratos. El nuestro vigente, el de Italia y el de Guatemala, como modo de adquirir; aun cuando este último la define como contrato, y el de Francia, Sajonia, Holanda y otros sustituyen la palabra contrato con la de *acto*.

Ante esta diversidad de opiniones sustentadas no solo por

los tratadistas, sino también por los legisladores, en verdad que vacila un criterio tan desautorizado como el nuestro al tener que emitir su opinión en punto tan debatido; porque si por un lado reconocemos y admitimos que en la donación para que sea perfecta se exigen los mismos requisitos que como esenciales se señalan á todo contrato, no es menos cierto que existen en ella particularidades que la desvían de todos los demás contratos, como son, entre otras, la diferencia grande que existe entre la capacidad para recibir donaciones y la que de ordinario se reclama para obligarse en un contrato; que la donación, si irrevocable en principio, de hecho podrá suceder que con frecuencia se revoque, dado que son varias las causas que la ley admite para la revocación; y esto no sucede en los contratos, los cuales si rescindibles en algunos casos, lo son por haberse concertado en condiciones que bien puede decirse faltaba todo principio de equidad, y en nombre de esta misma equidad se concede el recurso de rescisión, concepto muy distinto de la revocación.

Ahora bien; si una institución ha de calificarse de uno ú otro modo por razón de los caracteres más predominantes en ella, claro es que llamaremos á la donación contrato, por lo cierto que es, que en la misma aparecen esos tres requisitos esenciales que en la confección de todo contrato entran, que son, como dicho queda, consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca.

Después de observadas las opiniones diversas que sobre el punto en cuestión se presentan, y de inclinarnos en nuestro juicio del lado de aquellos que entienden que la donación es un contrato, concluimos sosteniendo lo que al principio decimos: que es cosa que importa poco al escritor doctrinal, y nada al comentarista.

Bien considerada la cuestión, ha perdido mucha importancia en el terreno del derecho constituido, porque si este estudia, como seguramente lo hace, la donación entre los modos de adquirir la propiedad y los demás derechos sobre los bienes, y afirma también que esos mismos derechos pueden adquirirse por conse-

cuencia de ciertos contratos mediante la tradición, es evidente que estudiada la donación con la consideración de contrato, se haría la declaración de que por ella se adquiría la propiedad, resultando en el fondo igual, variando tan solo el lugar ó momento en que había de estudiarse, que es lo que menos importa. Por este motivo, y por quebrantar las menos veces que podamos nuestro propósito de seguir en el curso de esta *explicación doctrinal* el orden marcado en el Código, estudiamos nosotros aquí la donación, no obstante reconocer que predominan en ella los caracteres de contrato. Contrato ó modo de adquirir, sus efectos son iguales. >

el / **Definición de la donación.**—Por la misma razón de separarse poco el concepto vulgar de la donación, de lo que es como concepto jurídico, se explica que todos los escritores y lo mismo los cuerpos legales antiguos y modernos, hayan fijado, al frente del estudio de esta institución, el concepto de la misma, coincidiendo en el fondo, porque para todos ellos es acto de liberalidad y gratuito, por el que el hombre se desprende de una cosa propia en favor de otro. Así dijo ya D. Alfonso X en la Ley I, tít. 4º, Partida V, que donación es: «*bien fecho que nasce de noblesa é bondad de corazon, quando es fecha sin ninguna premia*». > Y así también dice nuestro Código Civil, que: «La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta». >

La generalidad de los tratadistas, entre ellos Falcón, como en la donación ven un contrato, según antes queda explicado, creen que para definirla con propiedad hay que decir que es: «un contrato unilateral por el cual una persona cede gratuitamente á otra, que acepta, el dominio ó un derecho cualquiera que le pertenece en alguna cosa».

< Nosotros creemos que la donación, llámesela con el nombre que se quiera, es en su fondo y por sus efectos un modo singular de adquirir á título gratuito ya que por ella entran en nuestra propiedad cosas que antes no nos pertenecían, pero cosas particulares de un patrimonio, sin que en compensación demos nada. >

«Una verdadera y exacta definición de la donación, es difícil darla, y á más de difícil peligrosa, por el escollo que presenta toda definición en materias de Derecho; pero precisados á dar de ella un concepto para su mejor inteligencia por parte de los alumnos, diremos que es: *Acto en virtud del cual nos desprendemos libérrimamente y en forma irrevocable de una cosa de nuestra propiedad en obsequio de otra persona que la acepta y adquiere gratuitamente.*»

«Este concepto, si definición no quiere llamársele, de la donación, comprende en sí todos los caracteres de la misma, cuales son: ser acto de liberalidad, ser irrevocable y ser gratuito; caracteres ó notas que todos le asignan, ora la consideren como modo de adquirir, ora la estudien como contrato.»

«La persona que cede la propiedad por este acto de liberalidad, se llama *donante ó donador*, y la que la adquiere gratuitamente, *donatario.*»

«**Precedentes históricos de la donación.**—La donación como institución jurídica tiene un abolengo que no todas pueden ostentar, por haber merecido la atención de los legisladores de todos los pueblos y tiempos: habrá podido haber discrepancia en cuanto á su clasificación legal, pero nunca la hubo ni la hay, en cuanto á considerarla como institución viva que deba figurar en el articulado de la Ley civil, formando quizá la página más hermosa de la misma, por lo que muy bien dijo un orador francés al discutirse el Código de Napoleón: «El más hermoso título del Código Civil, el que más agradablemente ocupa el espíritu, es, sin contradicción, el que arregla los efectos de la liberalidad.»

«No fué la donación institución extraña á los romanos; antes por el contrario, allí nació y se desarrolló, como lo prueba evidentemente el gran número de famosas leyes que á su estudio dedica el Código Justiniano. Y aun antes de este cuerpo legal era de uso frecuente en Roma la facultad de transmitir parte de las fortunas gratuitamente por actos *inter-vivos*, bien que haciéndose mediante las formas de la estipulación.»

«Estudiaron los romanos las donaciones entre vivos y las que pueden tener lugar por causa de muerte, las de los padres á sus

hijos, las que preceden al casamiento y las de los esposos entre sí; dictando para regular unas y otras gran número de preceptos legales, muchos de los cuales vinieron rigiendo por largo tiempo, tomando nuevamente fuerza práctica en el famoso Código de las Partidas, y algunos de ellos son hoy mismo aceptados por los Códigos modernos.)

⟨ Los germanos, no solo aceptaron en sus instituciones jurídicas la donación, sino que entre ellos se desarrolló y arraigó más todavía que en el pueblo romano, para lo que era terreno abonado su modo de ser social y sus costumbres, pues al decir de Tácito amaban los presentes, aun cuando ni el que daba pretendía obtener un título, ni el que recibía creía contraer una obligación. Por esto no es de extrañar que su Código, el Fuero Juzgo, dedicara siete de sus leyes, contenidas en el tít. 2º del libro V, á estudiar institución de tan arraigada práctica, que se estimaba como uno de los títulos más firmes del dominio.⟩

⟨ En una de esas leyes visigóticas á que nos referimos, se consigna un principio que demuestra cómo la donación debe ser acto de nuestra espontanea y libre voluntad, al decir que: *La donacion que es fecha por fuerza ó por miedo, non aya firme-dumbre.*⟩

De la época foral se conservan algunos testimonios del uso frecuente de las donaciones, pero no se conocen leyes que las regularan. Y no es aventurado suponer, y aun deducir de esos testimonios aludidos, que la mayor parte de las donaciones que entonces tuvieron efecto fueron de las llamadas remuneratorias y onerosas, porque se solían hacer para premiar algún servicio ó imponiendo al donatario alguna carga, especialmente de carácter militar, como exigencia de las necesidades de la época.

El Fuero Real dedica algunas de sus leyes al estudio de tan importante institución, dándole marcadamente el carácter de irrevocabilidad cuando dice: *Maguer que qualquier home que diere alguna cosa á otro no gela puede despues toller...*

Distingúase también en el cuerpo legal de referencia, las donaciones *mortis causa* é *inter-vivos*, al decir en la Ley VI, título 12, libro III: «Donaciones facense en dos maneras, ó por man-

da en razon de muerte; ó en sanidad sin manda; la que es fecha por manda puedela aquel que la hizo dar á otro, ó retenerla para sí si quiere: é la que es fecha de otra guisa no la pueda toller á aquel que la dió, sino por las razones que manda la ley; y esto si fuere fecha la donacion asi como manda la ley (I).»

⟨ De los Códigos ahora llamados históricos, con más ó menos propiedad, el que trata de la donación con verdadera minuciosidad de detalles en cuanto al concepto de la misma, sus requisitos, capacidad para celebrar el contrato (como contrato la estudia, según en otro lugar decimos), límites impuestos por la ley, efectos jurídicos que produce y causas porque se revoca, es el Código inmortal de las Partidas. Y son tantos sus preceptos sobre los particulares dichos, que la transcripción de ellos habría de llevarnos más lejos de lo que es nuestro propósito ir en la indicación de estos precedentes histórico-legales, por lo cual habremos de contentarnos con exponer sumariamente y en estilo actual lo más importante de aquellas famosísimas leyes, ya que su estudio, aunque breve, nos puede facilitar el de la ley positiva vigente.⟩

⟨ En cuanto al concepto que de la donación dió el Código de referencia, dicho queda anteriormente: «bien fecho que nasce de nobleza é bondad de corazon, quando es fecha sin ninguna premia».⟩

Respecto á la capacidad para donar exigían las leyes de Partida tener veinticinco años el donante y la libre administración de sus bienes, y no estar sometido á la patria potestad del padre ó abuelo, pues en este caso tenían que ser éstos los que otorgaran la donación en nombre de aquél. Estaba prohibido hacer donación: al loco ó desmemoriado, al pródigo, al hereje, al que atentase contra la vida del Rey ó de sus Consejeros, etc.

Distinguía el cuerpo legal de referencia cuatro maneras de hacer la donación: la primera si se hacía sin ninguna condición; la segunda cuando se imponía alguna condición al donatario; la

(1) Parece excusado advertir después de esta copia del texto legal, que en él solo se dá carácter de irrevocables á las donaciones inter-vivos.

tercera cuando estaban presentes el donante y donatario en el momento de hacer la donación; y la cuarta cuando estaban en distinto lugar y se hacía por carta ó mediante mandatario.

Por lo que dice relación á la forma de hacer la donación (verbal ó escrita), ambas admitían las leyes de Partida, según los casos. El Emperador ó el Rey podían hacerlo de cualquiera de estas formas y ambas valían; y lo mismo se admitía en el caso de que algún particular hiciera donación al Rey ó Emperador. Sin escritura podían hacerse donaciones á las iglesias, y los particulares entre sí, cuando el valor de la cosa donada no excedía de quinientos maravedís de oro, pues excediendo de esta cantidad, era necesario hacerla *con carta e con sabiduria del mayor judgador, de aquel lugar, do fizesse la donacion*.

Como limitación á la facultad de donar, impusieron las Partidas la necesidad de que el donante se quedase con bienes para poder vivir bien, sin necesitar de los extraños, ni perjudicar los derechos de legítima de sus hijos, quienes podrían revocarla en la parte que excediera.

Hablando de la revocación de las donaciones, admitía, como causa suficiente para ello, á más de la apuntada, la supervivencia de hijos.

Admitidas por el Código á que nos venimos refiriendo las donaciones condicionales, se declaraba en el mismo que la donación no valía si la condición no se cumplía, pues era preciso cumplir la voluntad del que la puso.

El cometer ingratitud el donatario era causa suficiente para revocar la donación, según aquella legislación, y señalaba como causas que argüían ingratitud, deshonorar al donante de palabra, ó acusándole de algún delito por el que hubiese de recibir muerte, ó perder algún miembro, ó la mayor parte de sus bienes; ofender de hecho al donante poniendo manos en él; produciéndole gran daño en sus cosas; ó trabajar de alguna manera para producirle la muerte.

Las Leyes Recopiladas también dedicaron bastante atención al estudio de la donación, ordenando que las llamadas *mortis causa* se otorgaran con las mismas solemnidades prescritas pa-

ra los testamentos nuncupativos: que la mujer, durante el matrimonio, no pudiera donar sin licencia de su marido, por lo mismo que no podía contratar: que las escrituras de donaciones piadosas debían tomarse razón de ellas en el entonces llamado Oficio y Contaduría de hipotecas: que ninguno pudiera hacer donación de todos sus bienes, aunque solo comprendiera los presentes: que no valieran las donaciones hechas á favor de los hijos, cuando se hacían en fraude de acreedores, etc.

Tales son los precedentes legales que más nos importa conocer, para entrar después en el estudio de la donación tal como es regulada por el vigente Código. Pero antes de esto, ha de sernos permitido observar, para que no sorprenda al lector la extensión que damos á este capítulo, que se trata de explicar en él todo lo concerniente á una institución para cuyo desenvolvimiento ha concedido el legislador español toda la amplitud requerida por su importancia, consagrándole treinta y nueve artículos.

Mas no es el número de estos lo que más ha de justificar la latitud de esta explicación; porque si al fin fueran claros en su expresión y no hubiera tantas y tan grandes contradicciones entre ellos, fácil nos sería reducir su estudio á bien contadas páginas; pero es tal la oposición abierta que media entre algunos de ellos, que nos hemos de ver precisados, aun contra nuestro deseo, á detenernos algún tanto, para aclarar aquellos conceptos que pugnan por verse juntos bajo un mismo *capítulo* ó *sección* de la ley.

◁ **Especies de donación.**—De antiguo vienen distinguiendo los tratadistas varias especies en la donación, costumbre seguida por hallar que también los Códigos distinguen varias clases de ella, si no con nombre propio, por lo menos en cuanto á los efectos legales que unas y otras producen. La lectura de unos y otros nos autoriza á afirmar, que lo mismo las leyes que los autores, han clasificado primeramente las donaciones, en donaciones *inter-vivos* y *mortis causa*. Las primeras son divididas á su vez en *propias* é *impropias*; hallándose comprendidas dentro de las propias las *puras* ó *simples*, y las *remuneratorias*; colocando en-

tre las impropias únicamente las *condicionales*. Distínguese en las llamadas donaciones onerosas un carácter mixto, en cuanto se dan en ellas caracteres puramente contractuales, y otros que son de mera liberalidad, bien que predominando estos últimos, que es por lo que se califican de donaciones. >

□ □ < Nuestro Código vigente distingue las *inter-vivos* y *mortis causa*, las *gratuitas* y *onerosas*, las *puras* y *condicionales*, y las *remuneratorias*. La primera división se hace por razón del tiempo en que han de producir su efecto, si en vida ó á la muerte del donante; la segunda por el modo en que se recibe la cosa donada, sin dar nada en compensación, ó teniendo que dar algo suyo el donatario, aunque de valor inferior; la tercera por la forma en que la donación se hace, según que para su validez y efectos no haya que esperar la realización de ningún hecho futuro é incierto, ó que por el contrario, de este dependan aquellos. La última clase de donaciones que señalamos entre aquellas á que alude el Código, son las *remuneratorias*, así llamadas á las hechas por méritos del donatario ó por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles. >

□ □ El Código Portugués dá solo el concepto de donación remuneratoria á la hecha en atención á servicios prestados al donante, que no revisten la naturaleza de deudas exigibles: no habla para nada de méritos del donatario.

< Nuestra ley positiva dice, que las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos, se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en el título que dedica á estudiar la donación. Y las que hayan de producir sus efectos por muerte del donante, se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria. >

< Las donaciones con causa onerosa se regirán, según dicha ley, en todo caso, por las reglas de los contratos; y las remuneratorias por las disposiciones que en el mismo Código se fijan para la donación en general, en la parte que excedan del valor del gravámen impuesto. >

Determinada ya cuál es la doctrina legal aplicable á cada

clase de donación, vamos á proceder desde luego á su estudio, con el carácter y propósito que nos incumbe hacerlo.

〈 **Personas que pueden hacer y recibir donaciones.**—I *Capacidad para donar.*—Al señalar el Código Civil las personas que pueden hacer donaciones, lo hace valiéndose de una regla amplísima, al decir que «pueden hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes»; fórmula que aun con el inconveniente que supone su excesiva generalización, no podía ser enunciada de otra manera, dado que la donación supone transmisión de derecho dominical sobre bienes determinados, y mal podría transmitirlos con validez legal aquél que no pudiera disponer de ellos. 〉

〈 Por más que la ley no lo dice en el precepto transcrito, es indudable que al hablar de capacidad para donar hay que distinguir, según de la clase de donación de que se trate, y así diremos, que podrán otorgar donación *inter-vivos* los que tengan capacidad para enajenar; y que solo tienen capacidad para donar por *causa de muerte* los que puedan disponer de sus bienes por acto de última voluntad. 〉

〈 Refiriéndonos aquí á las donaciones *inter-vivos*, ya que por declaración expresa de la misma ley las *mortis causa* se rigen por las disposiciones dadas para las últimas voluntades, diremos: que la vaguedad del mismo precepto á que nos referimos, hace que para su inteligencia tengamos que indicar quiénes son los que no tienen capacidad para donar entre vivos, determinando así, por un procedimiento negativo, quiénes son los que pueden hacer estas donaciones. 〉

〈 A este efecto distinguiremos las incapacidades *absolutas* y las *relativas*. 〉

Tienen incapacidad *absoluta* para disponer de sus bienes á título de donación:

1º *Los menores de veintitrés años cumplidos.*—Al hablar de esta causa de incapacidad, dice el eminente comentarista Q. Mu-
cius, que están incapacitados: «Los menores de diez y ocho años, y los mayores de diez y ocho y menores de veintitrés, no emancipados ó dispensados de edad». 〉

Esta opinión del erudito comentarista citado nos parece manifiestamente errónea; porque ni los emancipados ni los dispensados de edad tienen facultad para enajenar por sí; y como la ley exige, según el mismo escritor reconoce, que el donante tenga capacidad para enajenar, de aquí que no podamos admitir en manera alguna su opinión, que en muchísimos otros puntos nos parece autorizadísima, pues somos de los que admiramos la manera de escribir que su autor tiene, siquiera por la gran erudición y buen decir.

«Nosotros, sin distinción de casos, admitimos que la incapacidad absoluta por razón de edad se extiende á todos aquellos que no hayan cumplido los veintitrés años, que es el tipo marcado para entrar en la mayoría de edad, en cuyo tiempo, salvo las excepciones por circunstancias especiales, se adquiere la capacidad civil *plena*.»

«2º *Los locos*.—La locura, una vez declarada judicialmente, equivale á la declaración de incapacidad jurídica: supone una privación absoluta de capacidad en el orden jurídico. Si la razón es la que hace al hombre capaz de derechos y obligaciones, concediéndole facultad para establecer relaciones jurídicas, nada más natural que al faltarle esa especie de destello divino se le niegue la condición de la capacidad jurídica, y por consiguiente el que pueda hacer donación, por lo mismo que no puede consentir.

El declarado loco ¿podrá donar en intervalo lúcido? Esta cuestión suelen presentársela algunos, recordando que el loco tampoco puede, ordinariamente, testar, y sin embargo no le está prohibido hacerlo en momento lúcido, certificando dos Facultativos acerca de su estado en tal momento.»

Sin necesidad de detenernos á hacer extensas consideraciones, nos pronunciamos por la negativa, pues bien puede asegurarse, siquiera por seguir en ello uno de los criterios más lógicos de interpretación, que como caso de excepción el que para la testamentificación activa del loco se marca, no debe ni puede aceptarse para aquellos otros momentos y actos en que el legislador ha callado sobre ello, después de formular el principio ge-

neral de que el loco no puede obligarse, por no poder consentir.

Lo mismo que decimos de la locura es aplicable á la demencia; porque si para la ciencia médica no son conceptos sinónimos, son, más que sinónimos iguales, para el Derecho, al hablar de las condiciones requeridas en el ser humano racional al efecto de facultarle para establecer relaciones jurídicas.

«3° *Los sordo-mudos que no sepan escribir.*—La simple enunciación de esta incapacidad para donar, indica que solo es aplicable á aquellos que no sepan escribir; porque los que tengan este grado de instrucción, si bien serán pocos, por las razones que la Medicina enseña y que no hay para qué copiar aquí, disponen de un medio para expresar su consentimiento; y como aquí lo que se requiere es poder consentir, cualquiera que sea la forma ó modo de expresar ese consentimiento, siempre que no quede duda de la intención y voluntad de quien lo presta, el medio de la escritura debe ser aceptable para el sordo-mudo, como lo es para cualquiera otro, ya que la escritura es medio para que todos podamos expresar nuestro pensamiento.»

«4° *Los declarados judicialmente pródigos.*—Para que al *desgastador* de sus bienes, como le llamaba al pródigo una Ley de Partida, esté incapacitado para disponer de sus bienes por donación, es preciso que la condición de *pródigo* haya sido declarada judicialmente por Tribunal competente y á instancia de las personas que pueden pedirla, que son las que expresa el art. 222 del Código Civil. Es decir, que la prodigalidad, al efecto de modificar la capacidad, no se presume nunca en el orden civil, sino que ha de constar siempre en ejecutoria.

Que la prodigalidad judicialmente declarada sea causa determinante de incapacidad absoluta para donar, se explica sencillamente; porque si el principal efecto que tal declaración produce es privar al pródigo de la *administración* de sus bienes, con más razón ha de privársele de poder disponer de ellos por donación: ¿no se funda la declaración de prodigalidad en la mala administración de los bienes, y su fin es evitar los perjuicios que con ella pudieran producirse á tercero? Pues si tan temibles son los actos de mala administración, mucho más deben temerse los

de caprichosa disponibilidad, y de aquí que si es justo y equitativo tratar de evitar aquellos, lo es más privar de dar sus bienes á quien no haría buen uso de esta facultad. >

< 5º *Los que sufran la pena de interdicción civil.* —Sábese por Derecho penal, que la *interdicción*, ó muerte civil que decían los romanos, es una pena accesoria que va anexa á las de cadena perpetua y temporal.

Entre los efectos que en Derecho civil produce está como principal el de quedar, el que la sufre, incapacitado para disponer de sus bienes por actos *inter-vivos*; pues viene á significar una negación de la personalidad civil, bien que con carácter temporal, porque en realidad no existe de hecho la cadena perpetua más que en casos de excepción, toda vez que el condenado á esta pena puede ser indultado á los treinta años, con las condiciones que marca la ley.

La redacción terminante y clara del texto legal en este punto, que es el Código penal, nos releva de mayor aclaración, y ni siquiera iniciamos las cuestiones que otros proponen, de si el interdicto podrá donar con validez á favor de sus hijos ó cónyuge, porque es inadmisibile, sin duda ninguna, una solución afirmativa. >

Entre las incapacidades *relativas* para transmitir por donación, se marcan las siguientes:

1ª *La del emancipado menor de edad, y la del mayor de diez y ocho años y menor de veintitrés, que hubiese obtenido habilitación de mayoría de edad.*—Estas causas de incapacidad, aunque son dos en realidad, las agrupamos bajo un solo número por lo idénticas que son en los efectos civiles, pues para estos están equiparados el menor *emancipado* y el menor *habilitado* de mayoría de edad. Y las colocamos entre las causas de incapacidad relativa, disintiendo en esto del criterio ilustrado del comentarista Q. Mucius, por entender que los menores de una y otra condición no pueden hacer por sí solos donaciones válidas; pero sí puede hacerlas con el consentimiento del padre, madre ó tutor el *emancipado* menor; y con el del tutor el *habilitado* de edad.

2ª *La de las mujeres casadas, sin licencia de su marido.*—Sabido es cómo la mujer casada, aunque ha ganado mucho en su

condición social y jurídica desde la predicación del Cristianismo, ocupando en el seno de la familia un lugar que no le concedieron las leyes de los antiguos pueblos, no goza sin embargo de capacidad plena en el orden civil, sino que tienen que ser acompañados sus actos del consentimiento del marido, para surtir efectos jurídicos. Y si esto es una verdad legal, en tesis general, lo es inconcusa, si á la ley hemos de atenernos, en lo que dice relación á otorgar donaciones *inter-vivos*; porque según expresa el Código Civil en su art. 61, no puede la mujer, sin licencia ó poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley.

Es decir, que si la mujer no puede *obligarse* ni *enajenar* sin licencia de su marido, permitido nos es decir que no puede hacer donaciones entre vivos sin este mismo requisito, ya que, como hemos afirmado repetidas veces, carácter de obligación tiene la donación desde el momento que por ella sale de nuestro poder una cosa que antes nos pertenecía, transmitiéndose á otro su dominio.

Llamámosle incapacidad relativa, porque la facultad radica virtualmente, por decirlo así, en la mujer, tiene potencialmente la facultad, y lo que necesita para completarla es tan solo esa especie de aquiescencia que el marido debe prestar al acto de transmitir á un tercero una cosa á título de donación; intervención del marido, que implica reconocimiento de la hegemonia que ejerce en la familia.)

3^a *La del concursado no rehabilitado.*—Llamamos incapacidad relativa á esta del concursado, por no durar más que el tiempo que dura el concurso. Y la admitimos como causa de incapacidad, fundándonos en los preceptos de la ley procesal, y muy especialmente en lo dispuesto en el art. 1,914 del Código Civil, que dice: «La declaración de concurso incapacita al concursado para la administración de sus bienes y para cualquiera otra que por la ley le corresponda».

Si, pues, el concursado no puede administrar sus bienes, que es lo menos, sobrada razón hay para afirmar que no podrá donar,

acto que, como transmisor del dominio que es, significa lo más en orden á las facultades dominicales.

La razón que el legislador ha tenido, seguramente, presente al establecer esta causa de incapacidad, se indaga con facilidad suma; porque ¿qué significa el concurso? O por mejor decir, ¿en qué se funda? Si arguye desequilibrio entre el activo y pasivo del concursado, por pesar más la imponderable gravedad de sus créditos en contra, ú obligaciones, que los medios de atenderlas, en la balanza de su posición económica, determinando un incumplimiento forzoso de las obligaciones corrientes, la previsión más elemental aconseja que al que á tal situación llegó, por unas ú otras causas, se le prive de facultades que pudieran hacer más crítica la situación de los que comprometieron su capital deslumbrados por un falso crédito, vestido con el ropaje de una aparente honradez, que es el baluarte en que atrincherarse suele aquél que deliberadamente y con la frialdad del cálculo egoísta, prepara á los *crédulos* un despojo del todo ó parte de su fortuna.

Esto que decimos del concursado no rehabilitado, es aplicable al quebrado que no obtiene rehabilitación, y por eso no hablamos también de éste con especialidad.

4^a *La de los cónyuges para hacerse donaciones mútuas.*—Taxativamente nos habla de este caso el Código Civil en su artículo 1,334, al decir que «será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio, excepción hecha de los regalos módicos que mútuamente se hagan aquellos en ocasiones de regocijo para la familia».)

5^a *La de los cónyuges para donar á los hijos que el otro hubiera tenido en anterior matrimonio.*—También nos habla de esta incapacidad por modo expreso el Código en su art. 1,335, diciendo que «será nula toda donación hecha durante el matrimonio por uno de los cónyuges á los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, ó á las personas de quienes sea heredero presunto al tiempo de la donación».)

6^a *La de los que se casaren estándoles prohibido el matrimonio.*—A los que tal hacen contraviniendo á lo dispuesto en el artículo 45 del Código Civil, se les impone, entre otros castigos, el

de no poder recibir ningún cónyuge del otro cosa alguna por *donación* ni testamento.

(Después de las incapacidades relativas que quedan estudiadas, señalan los autores otras varias, tales como la restricción impuesta al padre ó madre con respecto á sus hijos legítimos, á quienes en ningún caso podrán donar con perjuicio de la legítima de los otros; y la impuesta al padre ó madre con relación á sus hijos naturales reconocidos, en cuanto que no podrán donarles más de el tercio de libre disposición, imputándose la en su legítima.)

II **Capacidad para recibir donaciones.**—Si al hablar el Código Civil de las personas que pueden hacer donaciones emplea unos términos que por lo ámplios no enseñan nada en concreto, no mejora el procedimiento al formular la regla de quiénes pueden recibir donaciones, pues el precepto del art. 625, al decir que «podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello», parece más bien respuesta de mal estudiante en examen comprometido, como atinadamente observa un escritor contemporáneo, que principio de ley escrita. Admitido que las leyes no deben ser casuísticas, pero de aquí á que se expresen con tal ambigüedad que no digan nada, hay mucha diferencia; y esa diferencia es la que no ha sabido salvar el legislador español: y de aquí que si nosotros queremos ser más expresos en esta explicación, tengamos que indagar quiénes son esos incapacitados por la ley, habiendo de distinguir á este efecto entre incapacidades *absolutas* y *relativas*, como hemos hecho al hablar de las incapacidades para hacer donaciones; repitiendo, para la debida claridad, que nos referimos solo á las donaciones llamadas *inter-vivos*.

Están incapacitados *en absoluto* para recibir donaciones:

1º *Las criaturas abortivas.*—Sabido es que como principio tradicional en Derecho, se viene admitiendo que los concebidos y no nacidos se reputen como si nacidos estuvieran para todo aquello que les sea beneficioso; y como beneficiosa es, por regla general, toda donación, pudiera creerse que en todo caso los concebidos pueden ser sujetos pasivos en la donación. Mas

hay que advertir, que el *derecho positivo* acepta el principio antes enunciado con una condición, cual es, que el concebido *nazca*; y como no se estima nacido el feto que no tiene figura humana y no vive veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno, las criaturas abortivas no tienen existencia; y como no pueden ser sujeto activo ni pasivo en las relaciones jurídicas los seres humanos racionales que no existen real ó presuntivamente, de aquí que afirmemos que las criaturas abortivas tienen incapacidad absoluta para recibir donaciones. >

< 2º *Las asociaciones ó corporaciones no permitidas por la ley.*

—La Ley civil reconoce capacidad, personalidad jurídica, á dos clases de personas: á la individual, y á las llamadas *civiles, morales ó jurídicas*; pero como estas disfrutan solo de personalidad en tanto en cuanto la ley las reconoce, es evidente que al no estar reconocidas por ella no son tales personas, no pueden ser sujeto de derechos y obligaciones; mal pueden, por tanto, recibir donación. >

< Son incapacidades *relativas*:

1ª *La de los cónyuges que hubieran contraído el matrimonio sin obtener previamente la licencia ó el consejo.*—Debe entenderse que esta incapacidad es llamada relativa, porque se refiere solo á prohibición de recibir un cónyuge donación de otro; pero sin ser de aplicar para ninguno á aquellas donaciones que á su favor hagan los extraños. >

< 2ª *La de los cónyuges durante el matrimonio.*—Del mismo modo llamamos relativa á esta incapacidad, porque en la prohibición de donarse válidamente que tienen los esposos, no se comprende todo obsequio ó regalo que éstos puedan hacerse, pues expresamente exceptúa la ley los regalos módicos que los esposos se hagan en ocasiones de regocijo para la familia.

3ª *La de los hijastros, respecto de la donación que durante el matrimonio tratare de hacerles su padrastro ó madrastra; y la de las personas de quienes uno de los cónyuges sea heredero presunto al tiempo de la donación.*—Ambas incapacidades están taxativamente marcadas en el art. 1,335 del Código.

⟨ A continuación del principio tan vago que decimos, fórmula del Código Civil, al hablar de la capacidad para aceptar donaciones, cuya inteligencia y aplicación debe buscarse en la forma que dejamos explicada, consigna otros dos referentes á la forma de aceptación de las donaciones condicionales ú onerosas hechas á favor de personas que no pueden contratar; y á la de aquellas otras, sin distinción de clases, que fueron hechas á los concebidos y no nacidos.

Respecto á las primeras, dice el cuerpo legal de referencia en su art. 626, que «las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales ú onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes»

El contenido de este artículo es de tan fácil comprensión, que bastará hacer sobre él algunas ligeras reflexiones para convencerse de su alcance, pues es consecuencia lógica de lo preceptuado en el 622, que ordena que las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos.

⟨ En general, para aceptar donaciones, hemos visto que se exige una menor capacidad que para hacerlas; esto es, que se requieren en el sujeto pasivo de la donación menos condiciones de personalidad, por decirlo así, que en el sujeto activo; y esto es así, porque de ordinario, y dado el carácter de *gratuidad* de la donación, no ha podido mostrarse el legislador tan temeroso de conceder facultad para aceptar donaciones á determinadas personas, como ha tenido que hacerlo al señalar aquellas que por donación pueden desprenderse de sus bienes propios; porque en el hecho de recibir una cosa sin dar nada en compensación no puede haber engaño, siquiera el valor de la cosa recibida sea escaso. Pero como en las donaciones condicionales ú onerosas no sucede esto, sino que en compensación de lo que por ellas se recibe hay que cumplir alguna carga ó entregar otra cosa, es muy racional, y así lo aconseja la más elemental previsión, que para su aceptación se exijan otras condiciones que las que se exigirían para aceptar una donación graciosa.⟩

Puesto el legislador á exigir mayores formalidades en estos casos que estudiamos de donación, es evidente que había de

reclamar la intervención de los legítimos representantes de los que por sí no pueden contratar; porque si en estas donaciones se establece una verdadera mutualidad de relaciones, arguye la existencia de un verdadero contrato, y la falta de capacidad para concertarlo se suplirá, ó por mejor decir, se completará con esa intervención de que nos habla el artículo de referencia. Así tendremos, que la donación condicional ú onerosa hecha á menores de edad, podrá aceptarla el padre ó madre que ejerza la patria protestad; y si es huérfano, su tutor: la hecha á locos ó dementes, sordo-mudos que no sepan escribir, pródigos condenados á prohibición absoluta de contratar y penados con la interdicción civil, podrá ser aceptada por las personas que como tutores les representen legítimamente: la hecha á favor de los declarados ausentes por auto judicial, la aceptará quien ejerza la administración de los bienes, que es el verdadero representante; y la que se haga á favor de mujer casada, su marido, siempre que no estuviesen separados por sentencia firme de divorcio, ó estuviese sufriendo pena de interdicción civil.

«En cuanto á la aceptación de las donaciones hechas á los concebidos y no nacidos, caso á que se refiere el art. 627 del Código, preceptúa este que «podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente les representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento».

Al explicar anteriormente las incapacidades para aceptar donaciones, hemos incluido entre las absolutas á las criaturas abortivas, por ser en ellas manifiesta la falta de condiciones mediante las cuales puede considerarse al ser humano como sujeto de derechos y obligaciones. Pero como está admitido, según en el mismo lugar decimos, que el feto se reputa como nacido para lo que le es favorable, en ese tiempo de vida intrauterina, es necesario que durante ese período que media desde la concepción hasta el nacimiento, se provea de algún modo al interés que en determinadas relaciones jurídicas pueda tener; bien que estas tengan un carácter de interinidad, porque su concreción depende en todo caso de que el nacimiento se efectúe en las condiciones que la ley exige, que son, como ya sabemos, que tenga figura huma-

na y que viva veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. Pues bien; en ese tiempo, partiendo de la presunción de que será viable el concebido, acepta la ley que las donaciones hechas á su favor puedan ser aceptadas por las personas que legítimamente le representarían si se hubiera verificado ya su nacimiento: aceptación que es evidente no puede tener otro carácter que el de provisional, necesitando para convertirse en definitiva que el hecho del nacimiento se realice en las condiciones de ley; anulándose ó desapareciendo en caso contrario, por la imposibilidad de que tenga existencia legal.

Atribuye el legislador una importancia tal á la capacidad para recibir donaciones; quiere que siempre y en todo caso el agraciado con una donación tenga la verdadera y legal capacidad para adquirir por este medio, que por si acaso cabía duda en la interpretación que había de dársele al general precepto que sobre el particular formula, consigna en el art. 628, la declaración de que «las donaciones hechas á personas inhábiles son nulas, aunque lo hayan sido simuladamente, bajo apariencia de otro contrato, por persona interpuesta».

Quiere la ley con esto cortar todo abuso, y que ni siquiera por un procedimiento que pudiéramos llamar *fraudulento*, se lucre con una donación quien, en realidad, es inhábil para la ley; y para conseguir esto, recuerda en el transcripto precepto el principio consignado en el art. 4.º del mismo Código Civil, sin duda para que su silencio no pudiera presumirse é interpretarse en el sentido de incluir el caso en la excepción que en aquel principio se marca. En suma, lo que del texto legal puede deducirse en esta cuestión, es: que las donaciones hechas á personas inhábiles son nulas, cuya nulidad no desaparece aun cuando la donación se disfrace con la vestidura de otro contrato; y que así mismo es nula, aunque directa ó simuladamente, bajo la apariencia de un contrato, se verifique valiéndose de persona interpuesta.

Pero la aplicación práctica del artículo que estudiamos tiene un escollo, y es, que dados los términos en que está redactado, para gozar de sus saludables efectos la persona á quien perjudi-

cara una donación hecha á persona inhábil tendría necesariamente que seguir un litigio, y como á ella incumbiría la prueba, difícil de completar en este caso, las amarguras que supone el calvario de un pleito se verían en muchos casos aumentadas con lo comprometido de su situación, por la dificultad que implica en este caso la presentación de medios probatorios. Es decir, que el buen deseo del legislador en este particular no se cumplirá en la práctica, pues las circunstancias favorecerán el triunfo del engaño.

◁ **Momento desde el cual la donación se perfecciona y produce efecto.** — Aunque nuestro Código ha negado á la donación el nombre de contrato, no ha podido menos de reconocerle algunos de los caracteres y requisitos que en los contratos concurren, por lo que el legislador ha merecido en este caso el calificativo de inconsecuente. Y esto, donde más lo hacen notar los tratadistas, es al fijarse en que la ley positiva exige la aceptación del donatario para que la donación quede perfecta, obligando desde entonces al donante y produciendo efecto; es decir, que no basta que el donante exprese su voluntad de donar, sino que es necesario que concurra también, de uno ú otro modo expresada, la voluntad del donatario, aceptando aquello de que en su beneficio ha dispuesto el donador.

Lo que no dice la ley es en qué término de tiempo, dentro de qué plazo, ha de hacerse la aceptación para que produzca efectos; contentándose, según más adelante expone, con que se haga en vida del donante, circunstancia que ha de exigirse necesariamente, si se ha de dar cumplimiento á lo preceptuado en el artículo 623 del Código Civil, que ordena que la aceptación del donatario ha de conocerla el donante para que la donación quede perfecta. >

◁ **Forma en que ha de hacerse la aceptación de las donaciones.** — No impone la ley la obligación de que la aceptación la haga en todo caso el donatario; pues si categórica en cuanto al deber de aceptar, permite que lo haga personalmente el donatario ú otra persona en su nombre, autorizada con poder especial para el caso, ó con poder general y bastante; y es tan explícita, clara y

terminante la ley en este caso, que pretender explicarla sería introducir confusión en sus términos. La aceptación podrá hacerla el que recibe el beneficio de la donación, ú otra persona en su representación; representación que podrá conferirse mediante poder especial para el caso, ó con poder general y bastante. Ni si quiera puede suscitarse cuestión acerca de qué clase ha de ser el poder; expresamente admite la ley las dos clases, sin duda para evitar que en esto puedan ocurrir vacilaciones y nacer contiendas.

Pero si no cabe duda alguna, por los términos claros en que la ley se expresa, acerca del modo ó forma de aceptar las donaciones, sí que se presenta en cuanto á la penalidad que establece el legislador para el caso en que la aceptación no se haga por las personas y en la forma que señala; porque al decir que el donatario debe, *so pena de nulidad*, aceptar la donación por sí, ó por medio de persona autorizada en la forma que repetido queda, ocurre preguntar: ¿es que la donación se invalida, ó que no produce efecto si la aceptación se hace por un tercero sin mandato, pudiendo después subsanarse esta falta aceptándola el mismo donatario ó habilitando á otro legalmente para que la acepte?

Nosotros entendemos que la donación no se invalida ó anula por esto, no obstante la palabra *nulidad* que la ley emplea; porque creemos que la inteligencia que debe dársele no es otra que creer que lo que el legislador quiere decir con ello, es que la donación no produce efecto hasta tanto que la aceptación se haga con las formalidades de ley, y que la hecha sin ellas es como si nada se hiciera, quedando no obstante subsistente al donatario el derecho de aceptar por sí ó nombrar para que acepte un apoderado con cualquiera de las clases de poder de que habla el artículo 630. Es decir, que la donación viciosamente aceptada queda como en suspenso y no produce efecto en tanto que no se acepte en forma legal. A esta interpretación nos conduce el principio de «ampliar lo favorable».

¿Y hasta qué tiempo podrá subsistir la donación en ese estado de suspensión é interinidad?

Admitido según nuestro criterio que la donación no se invalida, sino que la aceptación es insuficiente cuando se hace por

apoderado sin poder que competentemente le autorice, y creyendo que después puede aceptarla el donatario por sí ó un mandatario legal por él, hemos de concluir que la aceptación en forma podrá hacerse en cualquier tiempo, siempre que tenga efecto en vida del donante, único plazo que la ley marca para la aceptación de toda donación, según queda explicado anteriormente.

674. < **Formalidades con que ha de hacerse la donación.**—El Código Civil establece en sus artículos 632 y 633, cuáles han de ser estas formalidades, y de su contenido se deduce, que hace una distinción fundamental según que los bienes donados sean muebles ó inmuebles; pudiendo hacerse la de los primeros verbalmente ó en escrito simple ó privado, y siendo necesario en todo caso para la de los segundos que se formalice mediante el otorgamiento de una escritura pública. En la donación de cosa mueble basta la forma verbal cuando hay entrega simultánea de la cosa donada, y en caso contrario, será necesario formalizarla por escrito, que bien puede ser privado, para que produzca efecto, haciendo constar en igual forma la aceptación. >

Sepárase en este punto nuestro Derecho civil actual de lo que preceptuaban los Códigos históricos, especialmente el de las Partidas, que haciendo renacer antiguas doctrinas, tenía solo en cuenta el tanto ó cuantía de la cosa donada, ordenando que si excedía de quinientos maravedís de oro, no valiera en el exceso si no se hacía con carta, *e con sabiduria del mayor judgador de aquel logar do fizesse la donacion.*

< La razón de que el Derecho civil vigente exija el requisito de la escritura pública cuando la cosa donada es inmueble, no es otra que la de que solo por este medio podrá tener el donatario la más firme garantía en la propiedad de la misma; garantía que consiste en inscribir su título de donación en el Registro de la Propiedad, cosa que solo podrá hacer si consta en escritura pública, al tenor de lo dispuesto en el art. 3º de la Ley hipotecaria. En dicha escritura se expresarán individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.

674. Debemos advertir, que el adverbio *individualmente* usado por el legislador, hay que entenderlo en el sentido de que en ca-

da uno de los inmuebles donados se especifiquen y hagan constar en la escritura pública todos y cada uno de los requisitos ó circunstancias que después han de consignarse en la inscripción que se haga en el Registro, que no son otros que aquellos de que habla el art. 9º de la Ley hipotecaria, y el de igual número de la Instrucción de 9 de Noviembre de 1874, referentes á la naturaleza, situación, linderos, nombre y número, si existiesen, de la finca que deba ser inscrita, ó á la cual afecte el derecho que se haya de inscribir, y la medida superficial en las rústicas y en las urbanas, siempre que constare de los documentos presentados ó lo manifestaren las partes. >

✓ En esa misma escritura pública en que se ha de hacer la donación, dice el legislador que puede hacerse la aceptación, ó en otra separada; pero en este caso se notificará la aceptación en forma auténtica al donante, debiendo anotarse esta diligencia en ambas escrituras. En todo caso, para que la donación produzca efectos, habrá que hacer la aceptación en vida del donante. >

Esta doctrina, que completa cuanto en su lugar dejamos dicho acerca de la aceptación, no es otra cosa que nueva confirmación del principio fundamental que en esta materia se formula en la ley escrita, de que la donación no es perfecta ni produce efecto sino desde que el donatario acepta y el donante conoce la aceptación.

La locución que la ley emplea, al decir que la aceptación se notificará *en forma auténtica*, cuando se haga en escritura separada, la interpreta el comentarista Q. Mucius en el sentido de significar, que es necesaria la intervención de un funcionario revestido de la fé pública, sea judicial ó extrajudicial. Criterio de interpretación igual al de Escriche, quien en su *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia* define el adjetivo *auténtico*, diciendo que es lo que se halla autorizado ó legalizado de modo que hace fé pública.

No solo por el elevado concepto que ambos escritores citados nos merecen, sino porque en nuestro humilde entender nos parece que no ha podido querer decir otra cosa el legislador, aceptamos el criterio de interpretación indicado. Lo que segura-

mente se busca en el caso de referencia, es evitar las añagazas y maquinaciones de la mala fé, y para ello nada más propio, bien que con las imperfecciones de todo lo humano, que dar intervención en la formalización del acto á aquellos funcionarios, que si pecables por naturaleza, deben ser impecables por razón de profesión.

(Como el dominio de los bienes muebles no puede ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, de aquí que respecto á la donación de que ellos son objeto no exija la ley el requisito del otorgamiento de escritura pública, contentándose con un mero documento privado; y esto si no ha tenido efecto la entrega de la cosa donada en el momento de hacerse la donación, que si la entrega es simultánea, no se requiere escrito de ninguna clase, bastando en este caso que la donación se formalice verbalmente. Si haciéndola por escrito no se efectúa la entrega simultánea de la cosa mueble donada, no surte efecto más que en el caso de hacerse por escrito la aceptación, pues esta no admite la ley que sea tácita más que en el caso de entregar la cosa donada en el momento de hacer la donación, y esto solo respecto á los bienes muebles, pues si consiste en inmuebles, ya hemos dicho que es siempre necesario que se formalice en escritura pública.

En este, como en todos los casos de aceptación, vemos que la ley reclama el cumplimiento de formalidades en algo superiores á las que de ordinario se exigen en el curso corriente de la contratación, por cuyo motivo, nuestro Código Civil y casi todos los modernos, han merecido censuras; porque si era preciso establecer una diferencia entre las donaciones y los demás contratos, bien podía haberse hecho, como dice Laurent, en sentido inverso; esto es, dando mayores facilidades al consentimiento del donatario, quien de ordinario recibe con la donación un beneficio sin gravámen, y es lógico presumir que nadie rehusa lo que en su provecho se traduce. Si la prestación del consentimiento es suficiente para que los contratos se perfeccionen, obligando desde entonces, de cualquier modo que se expresare, con mayor

motivo debiera ser suficiente para hacer válida la donación, ya que el donatario, por regla general, á nada se obliga.

↳ **Limitaciones impuestas á la facultad de donar.**—Una de las cuestiones que se presentan como de mayor importancia al estudiar la donación con el carácter que nosotros damos á nuestro modesto trabajo, es, seguramente, la que se refiere á si debe ó no imponerse limitaciones á esa facultad que los pueblos todos han reconocido en el hombre, de desprenderse de parte de sus bienes en provecho de otro, demostrándole su aprecio ó gratitud por este medio material y ostensible. Cuestión que si no se han ocupado de ella los tratadistas, empeñados en debatir si la donación es ó no un contrato (sin duda para muchos de ellos es de más importancia *social* saber lo referente á la forma del acto que atender á sus consecuencias), no por eso hemos de pasarla aquí en silencio, como tampoco han podido callarse en este punto los Códigos antiguos y modernos, bien que dándola ya resuelta en su articulado, callando, como es natural, las razones ó motivos que hayan podido decidir al legislador á dar la fórmula, inspirada en este ó aquel criterio. >

¿Debe la ley positiva imponer limitaciones á la facultad de donar? He aquí la pregunta que en sí contiene la cuestión eludida por casi todos los escritores del Derecho civil patrio, especialmente los autores de libros didácticos.

Los que se han parado á pensar sobre esta cuestión y se han dejado seducir de las declamaciones con que sostenían sus falsas afirmaciones los defensores del Código napoleónico, en este punto, se han pronunciado por la negativa, sin duda por creer cierto aquello que decía Bigot de Preameneu: «El orden público y el interés de las familias concurren para que cada uno sea mantenido en el derecho de propiedad de donde mana la libertad de disponer.....;» ó lo que defendía Jaubert cuando decía: «Hemos dicho que la facultad de transmitir es puramente de Derecho civil; empero algunas diferencias se encuentran entre las transmisiones por actos *inter-vivos* y las que se verifican por testamento. Aquél que se despoja de sus bienes en vida, actualmente, parece, bajo cualquier aspecto ó relación que se le considere, que

usa de un derecho más extenso, más ámplio, que aquél otro que no dispone sino para un tiempo en el cual ya no ha de existir. Pero este matiz distintivo es muy ligero, y es preferible convenir en que la sociedad no puede otorgar al hombre el derecho de disponer de sus bienes por testamento, sin conferirle el de transmitirlos por actos inter-vivos..... La libertad ilimitada de disponer le es grata al hombre; ningún derecho es más apropiado á su dignidad; ninguno puede excitar más ventajosamente su emulación.» Por esto concluye el tribuno citado con esta invocación: «Consentid, consentid una absoluta libertad; que el hombre que trabaje, sepa que puede disponer de su fortuna..... que el hombre que conoce el valor del sentimiento, no teme ser atraído solo por el valor del interés..... dejar libre el curso de las afecciones.

Como no siempre marchan hermanadas la elocuencia y la razón de las opiniones que elocuentemente se defienden, y á la postre sucede, que perdida la impresión y el eco de las palabras con que galanamente se viste el pensamiento, este no alcanza prosélitos si se opone á la verdad, los razonamientos de los oradores citados no tuvieron más transcendencia que admitir en el Código francés, no sin cierta oposición, la libertad absoluta para donar; principio que, como después diremos, no admitió ningún Código. ¡No es poco que se hayan separado en esto los Códigos modernos de la pauta marcada por el napoleónico, ya que en tantos otros puntos han dejado vaciar en sus moldes las reglas dictadas para infinidad de instituciones!

Cuanto nosotros pudiéramos decir en contra de las afirmaciones antes citadas, lo tiene ya dicho con una mayor autoridad el muy ilustrado y distinguido García Goyena, cuyo testimonio citamos no solo por lo autorizado, sino porque lo dicho por él en este punto parece contestación concreta á lo afirmado por Bigot en el párrafo transcrito. Nuestro escritor citado sostiene la necesidad de imponer limitaciones á la facultad de donar, porque la moral y el bien público se resienten del repentino cambio de la holganza á la pobreza, y porque no puede justificarse esta especie de suicidio sino por la fuerza irresistible de una seducción

ejercida con habilidad y constancia ó por un acceso pasajero de locura.

Para nosotros la cuestión es sencilla, y el inclinarse por la afirmativa una cosa muy conforme con la lógica y muy fundada en razones de orden social; pues si á la Sociedad pública, en concepto de Estado, no es extraño el problema del *proletariado*, debe adoptar medidas por conducto de sus órganos, aquí el Poder legislativo, al efecto de evitar en lo posible sus consecuencias, y de aquí que prohíba los actos todos de prodigalidad, á cuya categoría, y en su primer grado, corresponde el de donar un sujeto todos sus bienes, privándose de recursos para sus atenciones personales y echando sobre los demás la carga de mantenerlo; carga siempre pesada, y en este caso además odiosa, por haber llegado voluntariamente á esa condición miserable. Es decir, que por las mismas razones que se justifica la conveniencia social de declarar *pródigo* al que derrocha sus bienes, justificase también que se impongan limitaciones á la facultad de donar: aquello significa reprimir un exceso; esto evitarlo, y como en Derecho lo mismo que en Medicina es mejor prevenir que curar, de aquí que nos pronunciamos por la restricción.

Esta solución tiene en su apoyo la conducta seguida por casi todos los legisladores modernos, pues según queda indicado, todos los Códigos actuales correspondientes á los pueblos más civilizados, se han apartado del criterio sustentado por el de Francia, y han impuesto restricciones á la facultad de donar, teniendo presente aquel dicho del Rey D. Alfonso X, cuando en su inmortal Código de las Partidas, hablando de este particular, escribía con tanta elocuencia como laconismo: *porque non haya que demandar lo ageno*. Lo que ha sucedido es, que entre el sistema adoptado por el Código de Napoleón, y aquel en que se ha inspirado el de Guatemala, que puede considerarse casi como el polo opuesto, se han seguido diversos criterios en cuanto al *tanto* que puede donarse: así vemos que el Código Portugués preceptúa en su art. 1,460, que es nula la donación que comprenda la totalidad de los bienes del donante sin reserva de usufructo, ó que le deje sin medios de subsistencia. La Ley civil mejicana or-

dena: que el que hace una donación de todos sus bienes deberá reservarse lo necesario para su cóngrua existencia; y si omitiese hacerlo, podrá en todo tiempo obligar al donatario á que, de los bienes donados ó de los suyos propios, le asigne á este efecto, á título de propiedad ó de usufructo ó censo vitalicio, lo que se estimase competente, habida proporción á la cuantía de los bienes donados. El Código de Guatemala preceptúa: que el que tiene descendientes puede donar hasta la sexta parte de sus bienes; el que solo tiene ascendientes hasta la cuarta parte, y el que carece de ascendientes y de descendientes la tercera parte, siendo nulas en cuanto al exceso las donaciones que traspasen el límite fijado en la referida escala.

Contra costumbre, hemos transcripto disposiciones de leyes extranjeras, pues si de ordinario omitimos el hacerlo, por entender que no es nuestra misión propia exponer un curso de Derecho civil comparado, no hemos podido en este caso resistir al deseo de hacerlo, ya que todas están contestes al imponer limitaciones á la facultad de donar, lo cual viene á ser un argumento práctico de mayor razón y fuerza en pró de la conclusión que hemos admitido.

⟨Nuestro Código Civil ordena en su art. 634, que «la donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, ó parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad ó en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias». En el siguiente (635) prohíbe que la donación comprenda los bienes futuros; entendiéndose por tales aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación. Y, por último, en el art. 636 preceptúa, que ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar ó recibir por testamento. Si excede de esto, la donación es inoficiosa en cuanto al exceso.⟩

De la simple lectura de estos preceptos se deduce, que nuestra ley civil positiva adopta el criterio de restringir la facultad de donar, siguiendo en esto las enseñanzas de nuestros antiguos cuerpos legales, conformándose especialmente con el precedente que le marca la Ley LXIX de Toro, y la II, tít. 7º del libro X de

la Novísima Recopilación: la primera que dice, que *ninguno pueda hacer donación de todos sus bienes, aunque la faga solamente de los presentes*; y la segunda que formula un precepto idéntico. Se ve que impone limitación en atención á respetables derechos de terceros, como son las legítimas; y en consideración al mismo donante, en cuanto que en todo caso ha de quedarse con lo necesario para vivir.

La inteligencia de los artículos mencionados es clara, dada la precisión de términos con que están redactados, y los tres envuelven una justificación sencilla de explicar, ya que les son de aplicar las razones expuestas en defensa de la imposición de limitaciones á la facultad de donar, siquiera haya que reconocer que el 364, está formulado en provecho del donante, y por la consideración antes apuntada también en beneficio social, y el 636, en favor de otras personas á quienes asisten derechos concretos y legales en la fortuna del donante, por razón de parentesco. Si lo dispuesto en el artículo del último número citado desapareciera, vendría á hacerse ilusorio el *derecho de legítima*, que con más ó menos justificación, en mayor ó menor cuantía, según estudiaremos en su lugar correspondiente, establece la ley á favor de determinadas personas. Hay por lo menos consecuencia en el legislador, no admitiendo la libertad absoluta de donar cuando tampoco admite la de testar.

Si nuestro criterio está conforme con el del legislador español en cuanto á poner limitaciones á la facultad de donar y causas porque se imponen, no sucede lo propio en la conducta que para conseguir la efectividad de su mandato ha seguido; porque á continuación de preceptos prohibitivos, como son los de esta clase, ha debido señalar el procedimiento, medio ó recurso suficiente para que su orden no fuera nula, por incumplida, pues dejar, como parece que deja, el cumplimiento de su mandato á la voluntad y conciencia del donante y donatario, es desconocer que los efectos de la codicia pueden ahogar el recto y legal proceder, y por tanto, que ni el donante se mantendrá dentro del límite por la ley marcado, si es dominado por esa seducción de que nos habla el ilustrado García Goyena, ni el donatario devol-

vería á los perjudicados con el acto de prodigalidad aquello que de conformidad con lo preceptuado por la ley hubiera recibido de más.

329 No ha querido seguir nuestro Código la antigua costumbre de exigir la insinuación cuando la donación exceda de cierta cantidad, y únicamente lo que hace, según queda explicado, es obligar á hacerla por escritura pública, cuando versa sobre bienes inmuebles; formalidad ó requisito insuficiente á evitar los excesos que la ley quiere prevenir, al decir de los preceptos cuyo estudio estamos haciendo.

330 Para haber procedido con rigor y consonancia con lo por la ley mandado en los artículos 634 y 636, habría que hacer en cada caso de donación una indagación sobre el estado actual económico del donante, indagación que, como todas las que versan sobre estados y secretos de familia, sería siempre odiosa, y sin duda el legislador por esta consideración, y viendo que toda otra medida sería ineficaz, ha dejado el cumplimiento del precepto á la libre voluntad y conciencia del individuo, empleando, para que se cumpla su mandato, un procedimiento que pudiéramos llamar represivo, cuya aplicación ha motivado ya alguna resolución práctica que daremos á conocer á nuestros lectores en el final de este mismo Capítulo.

331 La prohibición de donar bienes futuros, de que nos habla el art. 635 del Código, la han querido explicar algunos como derivación jurídica del carácter de irrevocabilidad que las donaciones tienen; pero nosotros creemos, con el comentarista Q. Mucius, que es más bien un efecto de toda transmisión por actos *inter-vivos*, pues si para transmitir es preciso, ante todo, disponer, la cosa inexistente, futura, incierta, la mera posibilidad de traspasar en el día de mañana el dominio de una cosa ó de un derecho todavía no creado, ó no surgido, no pueden constituir válidamente el objeto de una transmisión, bien esta se realice á título oneroso ó lucrativo. Esta razón que dá el escritor citado es tan conforme con nuestra opinión, que excusamos sobre ella toda explicación, si bien podemos afirmar que no la han entendido ni practicado así los legisladores de todos los tiempos.

✕ En realidad hay otra limitación en la facultad de donar, cual

es, el respeto debido á los derechos del acreedor ó acreedores del donante, los cuales no podrán ser nunca anulados por él, según aconseja la justicia y la equidad, y según se deduce, bien que por modo implícito, de la lectura del art. 643; pues no hace suyos el donatario los bienes donados de una manera incondicional y con dominio indiscutible, cuando la donación se hizo en fraude de acreedores, porque en este caso responde el donatario de las deudas, hasta donde alcance el valor de lo donado, ó más, según los casos. Y con el deseo de evitar en lo posible dudas y cuestiones en la práctica, explica la ley cuándo se entiende hecha la donación en fraude de acreedores, diciendo: «Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores á ella». Disposición legal relacionada con aquella otra que dice: «Si la donación se hubiere hecho imponiendo al donatario la obligación de pagar las deudas del donante, como la cláusula no contenga otra declaración, solo se entenderá aquél obligado á pagar las que apareciesen contraídas antes». Preceptos ambos por demás sencillos y justos; porque tan justo como es el principio de que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro, lo es el de que nadie debe ser compelido á cumplir más de aquello á que se obligó.

Se ve que la ley quiere que el fraude sea castigado; principio justo en sí, pero discutible en cuanto á la extensión que ha de darse á la penalidad y modo de establecer esta: dificultad que no nos salva la ley, sino que por el contrario la aviva, haciendo que nazcan encontradas opiniones, pues hay quien interpreta el dicho de la ley, de que «no mediando estipulación respecto al pago de las deudas, solo responderá de ellas el donatario.....» en el sentido de que éste debe pagarlas todas, las anteriores y las posteriores al tiempo en que se hizo la donación, aunque las anteriores excedan del importe de los bienes donados.

Para interpretar la ley en este sentido, parten de la afirmación de que si así no fuera no habría castigo para el fraude, pues privando al donatario solo de lo que recibió no hay castigo para la mala fé.

Nosotros disentimos de esta opinión, sostenida, entre otros, por el ilustrado comentarista ya citado, Q. Mucius, por las razones siguientes: 1^a Porque en el artículo anterior al del inciso transcrito (642) que habla del pago de las deudas del donante, siendo como dice el mismo comentarista una manifestación de las donaciones onerosas, é implicando un pacto expreso, impuesto por el donador y aceptado por el donatario, no se extiende á más la obligación que *á pagar las que apareciesen contraídas antes*; y si esto es así y no más, cuando precede concierto, no vemos la razón por qué ha de suceder de otro modo más gravoso al donatario cuando nada se concierta previamente. Y no valga decir que en este caso no habría castigo á la mala fé, porque esto no es cierto, que castigo supone, y no pequeño, hacer cumplir al donatario una condición onerosa, cuando en realidad no resulta concertada (sea cual fuere la razón de su omisión) en el título en que se formaliza la donación: 2^a Porque no haciendo la ley distinción en el art. 643, á que corresponde el inciso objeto de controversia, y siendo complemento y desarrollo del anterior, es lógico entender que se refiere á las deudas de que habla anteriormente, y nada más, porque si más hubiera querido decir el legislador, más hubiera dicho. Y hasta tal punto es cierta esa correlación entre los artículos citados, por el asunto que desarrollan, que bien podía haberse redactado bajo un solo número, aun sin variar en nada los términos de su redacción.

Nuestra opinión sobre el particular, aunque desautorizada por ser nuestra é ir contra la de ilustrados escritores, pero no por eso menos firme según nuestro criterio, se resuelve en las afirmaciones siguientes:

Primera. En el caso de imponer el donante al donatario como condición en la donación, la obligación de pagar las deudas de aquél, no distinguiendo, debe entenderse que la obligación se reduce al pago de las contraídas con anterioridad á la donación; *y solo en el tanto á que ascendiera el valor de los bienes por ella recibidos.* No puede extenderse, ni debe interpretarse por falta de expresión en el pacto que supone esta donación que se extienden á más, porque de lo contrario, habría que admitir la po-

sibilidad de que el donatario tuviera que dar en compensación de la donación más del valor de la cosa donada, y entonces todo sería menos donación; porque como ya hemos explicado, uno de los caracteres de esta institución es la *gratuidad*, y aunque se admiten las llamadas donaciones onerosas y remuneratorias, es requisito indispensable en ellas, que el gravámen que se imponga al donatario sea *inferior al valor de lo donado*.

Segunda. Que si no hay estipulación respecto al pago de deudas, y la donación se hace en fraude de acreedores, debe distinguirse el caso en que haya ó no habido mala fé por parte del donatario, porque bien puede suceder que exista *malicia, intención de defraudar* solo en el donante, siendo inocente el donatario: si existe mala fé en ambos, debe pagar éste todas las deudas anteriores, *aunque excedan del valor de lo donado*; y si no medió mala fé más que en el donante, el donatario no pagará tampoco más que las anteriores, pero *solo hasta donde alcance el valor de la donación*. En ambos casos sale castigado el donatario, siendo mayor el castigo, según debe ser, cuando concurre en él la mala fé: siempre el fraude hace que el donatario cumpla una condición á que no se obligó; y si ha contribuido á él el donatario, paga, como castigo, más del valor que recibió.

∟ **Donatarios conjuntos.**—Como su mismo nombre indica, llámanse donatarios conjuntos aquellos que *unidamente* y en un mismo acto son llamados por el donante, sin designación de partes, al disfrute de la cosa ó cosas donadas.

Decimos que han de ser llamados *unidamente y en un solo acto*: lo primero porque esa es la significación gramatical, no opuesta á la jurídica, del término conjuntos; y lo segundo, porque así parece indicarlo el mismo concepto de conjuntividad, y la misma redacción del art. 637 del Código Civil, que es el que estudia el caso de donatarios conjuntos, pues al hablar en singular, diciendo: «Cuando *la donación* hubiere sido hecha á varias personas conjuntamente.....» parece como que se refiere á un solo acto en el donar, á una donación hecha de una vez, por decirlo así, y en un solo título ó instrumento si es escrita. Añadimos *sin designación de partes*, para expresar con ello que no ha de ha-

ber *especificación ó señalamiento* de la parte que á cada donatario haya de corresponder en la donación; porque si de otro modo fuera, sucedería que habría tantas donaciones como donatarios y partes asignadas; pero no una donación conjunta, antes por el contrario, quedaría excluida la idea de conjuntividad, aunque para esas varias donaciones se hubiera otorgado un solo instrumento hecho en un solo acto. Y concluimos diciendo, *al disfrute de la cosa ó cosas donadas*, para indicar que la conjuntividad por razón del objeto sobre que la donación verbe, puede tener efecto lo mismo siendo *uno* que *varios*; como la no conjuntividad puede referirse también al caso en que sea uno ó más los objetos donados, porque si fuera uno solo podría dividirse entre los donatarios, y si no admitiera cómoda división podría repartirse su valor.

La circunstancia de poder ser varios los objetos donados en la donación conjunta, es lo que separa á este concepto de la comunidad de bienes, donde hay, sí, pluralidad de sujetos, pero ha de haber unidad de objeto.

La parte que en la donación conjunta se asigna á cada donatario es igual para todos, porque la ley dice que se entenderá hecha por partes iguales; declaración legal que por lo sencilla y terminante excluye toda interpretación.

Lo más importante de la ley en este punto de los donatarios conjuntos, son las declaraciones que hace en cuanto al derecho de acrecer, formulando acerca de este particular dos principios generales completamente distintos, según quienes sean las personas llamadas en la conjunción; si bien dejando en uno y otro á salvo la voluntad del donante, que puede expresamente variarlos. Estos principios son: 1º Entre los donatarios conjuntos no se dá el derecho de acrecer si los llamados no son marido y mujer: 2º En las donaciones hechas conjuntamente á marido y mujer, tiene lugar el derecho de acrecer.

Pudiéramos haber dicho que era un principio y una excepción; pero como en ambos casos queda á salvo la voluntad del donante para variarlos, nos parece que, dados los términos en que está redactado el art. 637 del Código, lo excepcional es el

caso en que haciendo el donador uso de su derecho, declare que entre los donatarios conjuntos, no marido y mujer, tenga lugar el derecho de acrecer, y que por el contrario, no lo tenga cuando los llamados conjuntamente sean esposos.

De las reglas de Derecho positivo á que ha de someterse ese derecho de acrecer en la práctica nada decimos, porque cuantas observaciones pudiéramos hacer aquí nos parecen más propias para cuando expliquemos los artículos 981 y siguientes, á los cuales ha querido remitirnos el legislador, aunque nada expresamente dice. Y respecto á la razón que éste haya podido tener para marcar esa excepción á favor de los esposos, no se nos ocurre que sea otra que la de que permanezcan unidos aquellos de sus bienes que á una *verdadera unidad* dona.

Derechos que el donatario adquiere sobre la cosa donada.—Es de esencia en la donación que por ella se transmita una cosa á otra persona que la acepta, y por tanto, que por este medio adquirimos lo que antes no estaba en nuestro patrimonio; adquisición que supone la sustitución de una persona por otra, para los efectos de ejercitar las facultades dominicales sobre la cosa donada, especialmente en las llamadas donaciones puras.

Por esto, con tanta claridad como razón, dice el Código Civil en su art. 638, que: «El donatario se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante». Es decir, que si el donatario fuera privado de la cosa donada en virtud de discutirle un tercero un derecho preferente á ella, basado en un título ó derecho anterior á aquel en que se fundaba la propiedad del donante sobre la misma cosa, y recayere sentencia firme por la cual la perdiera el donatario, éste tendría derecho á repetir de evicción contra el que la transmitió al donante, á no ser que esta transmisión hubiera tenido lugar por título gratuito, en cuyo caso no cubría la evicción á favor del donatario, por lo mismo que tampoco tendría derecho á ella el donador, porque sabido es, que *nemo dat quod non habet*.

Respecto al saneamiento de la cosa donada la ley declara relevado de él al donante, excepto si la donación fué onerosa, en cuyo caso responderá de la evicción hasta la concurrencia del

gravámen. Este precepto legal, comprendido también en el artículo 638 antes citado, no es otra cosa que expreso reconocimiento en una ley escrita, del axiomático principio de que el saneamiento no se dá en los llamados contratos gratuitos, y sí en los onerosos. Si la donación onerosa supone prestaciones recíprocas entre donante y donatario, nada más justo y equitativo que aquél responda de la evicción y saneamiento hasta la concurrencia del gravámen, pues de lo contrario, lo que es de esencia beneficioso pudiera tornarse en perjudicial.

Aunque de ordinario se transfiere al donatario con el dominio de los bienes donados el derecho de disponer de ellos, puede suceder también que el donante se reserve al donarlos la facultad de disponer de algunos, ó de cierta cantidad con cargo á los mismos, en cuyo caso no pertenecerán á aquél los bienes ó cantidad reservada por éste, como no ocurra la muerte del donador sin disponer de ellos, porque entonces se supone, que cuando no hizo uso de su facultad, es que quiso que todo redundara en provecho de aquél que eligió para que se beneficiase con su liberalidad. Durante la vida del donante esa reserva se traduce en una condición resolutoria, por lo que respecta al tanto de los bienes ó cantidad reservada.

Dada la naturaleza especial de esta condición, el tanto reservado no podrá llegar nunca al valor del total de lo donado, porque entonces no habría ya donación; y habrá que hacerla constar en todo caso con la mayor claridad y precisión en el documento público ó privado mediante el cual la donación se perfecciona, pues es de advertir que en este caso de *reserva* no cabe otra forma que la escrita para formalizar la donación, aunque esta verse sobre bienes muebles cuya tradición ó entrega tenga efecto en el momento: lo que sucede es, que ese escrito podrá ser privado en el caso de bienes muebles, y habrá de ser escritura pública si son inmuebles.

La situación del donatario, y la relación en que queda con el donante, es muy distinta en cada caso, pudiendo resumirse, como acertadamente dice el erudito comentarista Q. Mucius, en las siguientes: «Si la reserva es de la facultad de disponer, el dona-

tario se trueca por lo que respecta á los bienes reservados en usufructuario de los mismos, el término de cuyo usufructo depende del arbitrio del donante. Si la reserva es de cantidad con cargo á bienes raíces, el donatario se convierte en deudor con garantía hipotecaria, tan perfecta y plena cuanto adquiere por la donación el dominio de la cosa donada. Si la reserva es de cantidad, pero con cargo á bienes muebles, el donatario se erige de igual modo en deudor, pero tan solo por obligación personal».

La inteligencia de la última parte del artículo á que nos venimos refiriendo, que es el 639 del Código, no ofrece duda, según nuestro criterio; porque al decir que si el donante muriese sin haber hecho uso del derecho reservado..., quiere la ley que se respete hasta último extremo la voluntad del donador en cualquier momento que la expresara; por lo cual debe desecharse la opinión de los que sostienen que si no se hizo uso de esa facultad más que en acto de última voluntad no debe valer, porque los argumentos que para ello emplean no tienen fuerza alguna, y en cambio nos parece que nada más respetable y atendible que esa voluntad cuando se manifiesta en momentos en que con olvido de todo lo mundano se expresan por el hombre sus sentimientos y deseos.

No solo podrá el donante reservarse la facultad de disponer de parte de los bienes donados ó de cierta cantidad con cargo á ellos, sino que «podrá establecerse válidamente la reversión en favor de solo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas, sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina el Código para las sustituciones testamentarias».

Lo que establece este precepto del art. 641 del Código, no es en todo caso una *reversión*, porque con este nombre solo puede llamarse, propiamente hablando, al caso en que vuelvan los bienes donados al mismo donador, en uso de una facultad que éste se reservó, ó mejor dicho, que estableció al concertar la donación, pues cuando los bienes hayan de ir á parar á otras personas designadas por el donante, lo que se establece es una *ver-*

dadera sustitución, y por eso dice la ley que se someterá á las limitaciones de las sustituciones testamentarias.

No dice la ley si la reversión habrá de comprender todos los bienes donados, ó se refiere solo á parte de ellos, y como ante el silencio de la ley debemos creer que se refiere á todos, ya que no debemos distinguir cuando ella no distingue, pensamos que ha sido resucitada en este punto la antigua doctrina de las donaciones temporales de que hablaban las Partidas al decir, que *fasta día cierto o a tiempo señalado puede ser fecha la donacion*. Y si esto es así, no podrá afirmarse de una manera concluyente, que uno de los caracteres de la donación es la *perpetuidad*; y menos, que el donatario adquiere el derecho de disponer de la cosa donada: derecho que es ilusorio; porque á fecha fija han de volver los bienes donados al donante, ó ir á las segundas personas que él designe, y ningún tercero contratará sobre la adquisición de dichos bienes, si es que no está muy á mal con sus intereses.

Si la reversión fuera solo de parte de los bienes no alteraría la naturaleza de la donación, ni se opondría á sus caracteres propios. Siendo del todo desnaturaliza la institución, pudiendo más bien llamarse *usufructo* que *donación*. Lo mismo decimos de la sustitución.

Por último, el Código Civil, en su art. 640, dispone que: «también se podrá donar la propiedad á una persona y el usufructo á otra ú otras, con la limitación establecida en el artículo 781».

La posible distinción y separación de las facultades que integran el pleno dominio, es lo que hace factibles estas combinaciones, y que pueda ser nombrado un sujeto donatario de la nuda propiedad y otro del usufructo ó aprovechamiento de la misma cosa; principio que, aplicado á la donación, parece á primera vista que contradice algunos de los caracteres de esta, y sobre todo la condición de utilidad que toda donación supone para el donatario, porque el de la nuda propiedad no se utilizaría de nada, más que en el caso de vender á otro su derecho. Pero esta observación desaparece aplicando un poco la reflexión al conte-

nido del precepto, relacionándolo con lo dispuesto en el art. 781 que en el mismo se cita, para dejar á salvo lo por él dispuesto.

Donando el usufructo á otra ú otras personas que la nuda propiedad, y debiendo someterse esta transmisión, cuando son varias, á lo establecido en el art. 781, resultará que la separación de la propiedad nuda y el usufructo de la cosa donada es en todo caso temporal, y transcurrido el plazo se consolidará el dominio en el donatario de la propiedad, y entonces será ya para él una verdadera y completa donación, disponiendo en absoluto de los bienes donados, si es que el donador no le impuso ninguna otra condición que limitara esta facultad; pues aunque la ley parece referirse al caso de donación pura, no hay que excluir la posibilidad de que el donante pudiera gravarla con condición.

Afirmamos que en todo caso la separación entre el usufructo y la nuda propiedad es temporal, porque si el usufructuario llamado por el donador es uno solo, á su fallecimiento se extingue el usufructo y la propiedad queda libre; y si son varios, aunque el llamamiento sea sucesivo, también termina en un plazo no muy lejano, puesto que no pueden traspasarse los límites que marca el art. 781, que no permite que se hagan sustituciones fideicomisarias más allá del segundo grado, ó en favor de personas que vivan todas al fallecimiento del testador: si el llamamiento de esas personas varias es simultáneo, no podrá durar, á lo sumo, más que el tiempo antes dicho; y esto, porque no se extinguiría el usufructo hasta la muerte del último usufructuario.

2.ª - **De la revocación y reducción de las donaciones.**— No puede afirmarse en ningún caso que el dominio que se adquiere sobre la cosa donada, sea de carácter absoluto é irrevocable: toda donación, aun las llamadas puras, llevan en sí una condición resolutoria, que puede hacer en cualquier momento que la relación jurídica que toda donación supone, quede resuelta; anulando, por consiguiente, todos sus efectos para lo porvenir, y en algún caso afectando hasta á aquellos que ya fueran pasados, como más adelante veremos. Pero esa posible ineficacia puede referirse al todo ó parte de la donación, y de aquí que se distingan y haya que explicar por separado los conceptos *revocación* y *reducción*,

así como también las consecuencias jurídicas de cada uno, ya que por adelantado podemos asegurar que son muy diferentes en un caso que en otro.

I *Revocación de las donaciones.*—La ley marca taxativamente las causas por las cuales las donaciones pueden revocarse, y no dá concepto alguno de lo que la revocación es, sin duda por la sencillez de la palabra y por no separarse esta de su significado gramatical al aplicarse á las relaciones jurídicas: así, pues, la revocación de la donación no es otra cosa que la anulación de la misma; bien que no anulación por faltar en ella algún requisito esencial, sino por el hecho de ocurrir alguna circunstancia, que aun no concertada por donante y donatario, es suficiente, á juicio del legislador, y así lo quiere, para que vuelvan los bienes donados á poder del donador. Es decir, que se supone que éste *llama para sí otra vez aquellos bienes que dió en donación.*

Dichas causas legales se reducen á tres grupos ó clases: 1^a Por supervivencia de hijos: 2^a Por incumplimiento de alguna de las condiciones que el donante impuso al donatario: 3^a Por causa de ingratitude.

Respecto á la primera, dice el Código Civil en su art. 644, que: «Toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, queda revocada por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes:

1^o Que el donante tenga, después de la donación, hijos legitimados, ó naturales reconocidos, aunque sean póstumos.

2^o Que resulte vivo el hijo del donante, que éste reputaba muerto cuando hizo la donación.»

Como vemos, la ley distingue lo que algunos autores llaman supervivencia real y efectiva, y supervivencia moral, admitiendo que ambas son causa suficiente para que la donación pueda anularse; y no decimos para que la donación *quede anulada*, porque para conseguir este efecto es necesario ejercitar una acción, según veremos.

En la llamada supervivencia real comprende la ley el nacimiento de un hijo legítimo, el de un hijo natural que haya sido

legitimado por subsiguiente matrimonio, y el de un hijo natural reconocido y no legitimado.

La supervivencia á que se dá el nombre de moral, se refiere solo al caso comprendido en núm. 2º del artículo transcrito, ó sea, cuando resulta vivo el hijo que el donante reputaba muerto al hacer la donación.

Estimadas como causa de revocación, las dos tienen el mismo fundamento jurídico: ambas se fundan en la presunción de que si el donante hubiera tenido hijos los hubiera preferido al donatario, pues como muy bien dice un escritor moderno, en concurrencia, ante el dadivoso, de dos personas que se disputan su dádiva, el hijo y el extraño, la ley prefiere al primero, aun concediéndole efecto retroactivo á su derecho y mutilando en el ara de la familia y en holocausto al cariño paternal, aquel afiorismo fundamental en todo derecho y en toda lucha, de que quien es primero en el tiempo lo es también en el derecho.

Estudiando el texto legal apuntado, se observa en primer término que la supervivencia de hijos es causa de revocación de la donación, solo cuando esta es hecha por quien al hacerla no tiene hijos ni descendientes legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio; pues si tuviera descendencia de cualquiera de estas clases, el nacimiento posterior de otros hijos solo podría motivar la *reducción* de la donación por inoficiosa, mas no la *revocación*.

Las dudas que el precepto de referencia ofrece en su interpretación, ó por mejor decir, la aplicación que del mismo se haga, puede dar lugar á establecer una diferencia grande en los efectos que produce el nacimiento de un hijo legítimo, con relación á los que origina el hecho de nacer un hijo natural que llegue á ser reconocido; diferencia que es tanto más irritante, en cuanto que puede suceder que el nacimiento del segundo ó tercer hijo natural motive la revocación total de la donación, y el del segundo ó tercer hijo legítimo produzca solo el efecto de revocarla en parte, ó sea, reducirla por inoficiosa. Esto, aunque perfectamente legal, es completamente absurdo, y solo por indisculpable imprevisión del legislador ha podido ser escrito en la

ley: lo rechaza la moral, pugna contra el buen sentido y debe proscribirse de las leyes escritas en los países civilizados. Bueno que por unas ú otras razones, no discutibles aquí y que para su lugar reservamos, se dé un puesto á la familia natural al lado de la familia legítima en lo que respecta á intereses puramente materiales; pero de aquí á que se le dé una mayor significación en algún caso, hay tanta diferencia, que no puede conformarse ningún buen sentido con que la ley haya salvado ese abismo que la separa, llegando hasta el inconcebible extremo de concederle, siquiera sea en un caso aislado, mayor importancia y significación, deducida de la muy distinta eficacia que produce el nacimiento de un hijo de una y otra clase.

Esta diferencia nace de no haber comprendido la ley á los hijos naturales reconocidos en el párrafo primero del art. 644, para haber exceptuado también de la revocación aquellas donaciones hechas por personas que al hacerlas tuvieran esta clase de hijos, dejándolas solo sujetas á reducción por inoficiosas. Pero omitir á éstos en el párrafo dicho, y declarar en el número primero del mismo artículo que el nacimiento de un hijo natural reconocido, aunque sea póstumo, es causa de revocación, significa la mayor inconsecuencia, y produce un absurdo que hace más irritante la condición de los hijos naturales en este caso, por lo que el legislador los pone más de relieve.

Lo absurdo del caso, en resúmen, consiste en esto: en que si un padre con uno ó más hijos legítimos dona á un extraño parte de su propiedad, y después nace otro hijo legítimo, el nacimiento de éste no produce la revocación, y únicamente podrá reducirse si es inoficiosa; pero como esto podría tener lugar lo mismo si él no naciera, toda vez que la inoficiosa se declara por perjudicar la donación á los derechos de legítima, y la cuantía de esta legítima no varía por el número de hijos, puede decirse que el solo hecho de su nacimiento ningún efecto produce en relación con la donación. Mas si se trata de un padre natural, que con uno ó más hijos de esta clase, que los tenga reconocidos, hace una donación, y después de hecha tiene otro hijo natural á quien también reconoce, el hecho de este nacimiento determina

la revocación de la donación, no la reducción; porque cuando este padre hizo la donación, pudo muy bien hacerla en condiciones de que luego se revocara: no tenía hijos ni descendientes legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, aunque sí naturales reconocidos; estaba, pues, dentro de las condiciones que determina el párrafo primero del art. 644 del Código Civil. Y nótese que al explicar este caso decimos, padre que tenga *uno ó más hijos*, porque aunque la ley habla en plural en el párrafo primero del artículo indicado, creemos que bastará la preexistencia de un solo hijo de cualquiera de las clases que cita, para que la donación no se revoque por supervivencia; como así mismo se revocará por nacer uno siquiera de los que habla el número primero del mismo artículo, si se hizo no teniendo de aquellos, aunque también en este punto usa la ley de términos en plural.

El segundo caso de que habla el art. 644, ó sea, la revocación de la donación por resultar vivo el hijo del donante, que éste reputaba muerto cuando hizo la donación, es de una justicia absoluta, á partir del principio, como hace la ley, de que no pueden hacer donaciones irrevocables los que tienen hijos ó descendientes legítimos, etc., porque la *presunción* de la muerte, aunque se funde en auto judicial, que es de donde creemos debe partirse, cede siempre, y así es lógico que suceda, ante la demostración contraria de la realidad, que presenta vivo al hijo que el donante consideraba muerto en el momento de hacer la donación.

Estudiados los casos de supervivencia solo nos queda que hacer constar, antes de pasar á explicar las otras causas de revocación, que es punto muy discutido entre los pensadores, si aquella debe ó no estimarse como causa suficiente á producir la revocación de las donaciones; debiendo observar que se marca cierta tendencia á suprimirla, siquiera nuestro Código no haya entrado en esa corriente, y haya, por el contrario, ampliado los casos de supervivencia hasta los hijos naturales reconocidos, separándose en esto del precedente que le marcan las leyes de Partida, que no concedían acción á los hijos para pedir la revocación de donación hecha á un extraño, sino porque perjudicara á

la legítima; esto es, admitía la *reducción*, pero no la *revocación* propiamente dicha.

La segunda causa legal de revocación de las donaciones, tiene lugar cuando el donatario deja de cumplir alguna de las condiciones que le impuso el donante.

Este precepto es tan claro, que cualquiera explicación que de él quisiera darse sería atentatoria de esa su claridad propia. Y no solo es claro, y por ende sencillo, sino que es también lógico y justo, por cuyas circunstancias ni los escritores lo impugnan, ni las leyes de todos los tiempos y pueblos dejan de hacerlo constar; porque nada más natural que si la donación se hizo imponiendo al donatario condiciones que deja de cumplir, se declare sin efecto; como sin efecto se declararía la venta, el arrendamiento y cualquiera otro contrato en que una de las partes dejara de cumplir alguna de las condiciones impuestas en los mismos.

La causa que en tercer lugar admite el Código para producir la revocación de las donaciones, es la *ingratitude* del donatario para con el donante; y señala la ley los actos que debe entenderse implican ingratitude, que son los siguientes:

1° Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, la honra ó los bienes del donante.

2° Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar á procedimientos de oficio ó acusación pública, aunque lo pruebe, á menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su mujer ó los hijos constituidos bajo su autoridad.

3° Si le niega indebidamente los alimentos.

La ingratitude, como causa determinante de la revocación de las donaciones, es la más generalmente admitida por las leyes de todos los países; y no puede ser de otro modo, dado que confirma el principio de que lo que nace por una causa, perece por la causa contraria: la donación es en el fondo una manifestación de afecto, y por eso desaparece con ese desafecto ú olvido del beneficio recibido, que la ingratitude implica.

El caso de ingratitud marcado en el número primero, debe entenderse en el sentido de que solo por actos que *legalmente* merezcan el nombre de *delitos* se declarará la revocación, no por aquellos otros que el Código penal califica de *faltas*; y que en cualquier concepto que el donatario intervenga, ora como autor, ora como cómplice ó encubridor, se considerará comprendido en la prescripción de ley; así como también aunque el delito no pasara del grado de *tentativa ó frustración*, porque en cualquiera de estos casos el desagrdecimiento está manifiesto y el donatario se ha hecho acreedor á la pena que para el caso marca la ley.

Se plantea por algunos la cuestión de si la donación se revocará por cometer el donatario delito de adulterio con la mujer del donante, y la resuelven negativamente, fundándose en la interpretación literal que dan á lo dispuesto en el número primero del art. 648 del Código Civil, en relación con los que en el Penal definen y castigan los delitos contra el honor.

Dicen, que como la ley civil habla de delitos contra la honra, y el adulterio es considerado como delito contra la honestidad, no debe creerse que se ha referido á él el legislador, pues como materia odiosa debe interpretarse en sentido restricto. Además, que según ellos, es discutible si el adulterio, que ofende seguramente al marido, le ofende en su honra, porque siendo esta la buena opinión y fama pública adquirida por la virtud y el mérito, no puede perderla quien personalmente no falta á sus deberes.

Esta argumentación se comprende desde luego que no es aceptable, por su falta de seriedad y de lógica.

Contra ella opinamos nosotros, que el adulterio que el donatario comete con la mujer del donante, es causa de revocación, por estar comprendido entre los delitos contra la honra de éste, á que alude el número primero del art. 648 del Código Civil, y para ello vamos á alegar dos razones, que aunque no son las más fundamentales que pueden alegarse en este punto, contestan concretamente á las contrarias que apuntadas quedan.

En primer lugar decimos, que siendo sinónimas las frases

«delitos contra el honor» y «delitos contra la honra», porque sinónimas son las palabras *honra* y *honor*, y hablando el Código penal de los primeros y callando sobre los segundos, es porque ha querido incluir en uno los dos conceptos: conclusión á que nosotros no podemos menos de llegar, pues de lo contrario, habría que admitir que el legislador no había dicho nada en este punto, por no usar en rigor los términos propios, y esto sabemos que no debe admitirse, porque es una de las primeras y más fundamentales reglas de interpretación, que las palabras de una ley deben siempre entenderse de modo que produzcan algún resultado.

Á lo de que es discutible si el adulterio de la mujer ofende en su honra al marido, se contesta de la forma más elocuente que puede contestarse, que es con los hechos. Esa discusión cabría acerca de si *debe ó no* ofender al marido, pero que *de hecho* se estima que lo ofende, eso no deja lugar á duda, pues ese repugnante delito, perturbador del buen orden doméstico, y por tanto del social, es de toda evidencia, que con justicia ó sin ella, afecta de ordinario á la reputación del marido y le hiere en la estimación y concepto público. ¿Y cómo no ha de ser así, si hiere hasta el orden social? El que comete adulterio no delinque contra la mujer que con él yace, sino contra el marido, que es el único agraviado en aquello que más se estima: en la honra.

El segundo acto de ingratitud que señala la Ley civil, es contrario á aquel otro que en la Ley procesal penal se establece, según el cual, se obliga á poner en conocimiento de la Autoridad la perpetración de cualquier delito conocido, con excepciones distintas del caso que estudiamos, bajo multa de 5 á 50 pesetas.

La excepción que marca para los casos en que el delito se haya cometido contra el donatario mismo, su mujer ó los hijos constituidos bajo su autoridad, nos parece muy justa; porque aunque grande sea el agradecimiento que deba al donante, creemos que no debe ser bastante á ahogar el natural impulso de hacer lo posible para que no queden impunes los daños cometidos á seres tan queridos.

Por último, el caso tercero de ingratitud, cual es, si el donatario niega indebidamente los alimentos al donante, nos parece de estricta justicia; pero creemos que no puede tener aplicación más que cuando el donante y donatario se deban por ley esa prestación.

Las causas de revocación que quedan estudiadas, no son las únicas y aplicables á toda clase de donaciones; hay alguna de estas que admite especiales causas de revocación, como sucede en la hecha por razón de matrimonio, la cual solo es revocable en los casos siguientes:

- 1º Si fuese condicional y la condición no se cumpliese.
- 2º Si el matrimonio no llegara á efectuarse.
- 3º Si se casasen sin haber obtenido el consentimiento conforme á la regla II, del art. 50, ó, anulado el matrimonio, hubiese mala fé por parte de los cónyuges, conforme al número 3º del artículo 73 del Código.

Tal es el caso de especialidad que presenta el art. 1,333 del Código Civil, acerca del cual no necesitamos dar explicación alguna, por lo explícito de su contenido y la claridad de sus términos.

Acciones para pedir la revocación de las donaciones.—Estudiando aisladamente el párrafo primero del art. 644 del Código Civil, podría creerse que la revocación por supervivencia de hijo se produce *ipso facto* por el nacimiento de los hijos á que alude el número primero del mismo artículo, toda vez que en aquel se dice..... *queda revocada por el mero hecho*..... (se refiere á la donación). Pero si se tiene en cuenta lo preceptuado en el art. 646 del mismo cuerpo legal, habrá que concluir afirmando que la *revocación* arguye necesariamente el ejercicio de una acción. Si de otro modo fuera, ¿para qué hablar la ley en el artículo últimamente mencionado, de que la acción de revocación por supervivencia de hijos prescribe por el transcurso de cinco años, contados desde el nacimiento del último hijo, ó desde la legitimación ó reconocimiento, ó desde que se tuvo noticia de la existencia del que se creía muerto?

Mas no se crea que es necesario ejercitar acción solo cuando se trata del caso de revocación por causa de supervivencia: este requisito debe cumplirse lo mismo en los casos de incumplimiento de alguna condición por parte del donatario, y de ingratitud de éste con el donante. Así se deduce del primer párrafo de los artículos 647 y 648 del Código, al decir en ellos respectivamente: «La donación será revocada á instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso»; y «También podrá ser revocada la donación á instancia del donante, por causa de ingratitud.....» La diferencia que hay es, que la acción para pedir la revocación por supervivencia, se transmite por muerte del donante á los hijos y sus descendientes legítimos, y no prescribe en cinco años; y la que la ley concede para pedir la revocación por ingratitud, no se transmite á los herederos del donante, más que en el caso excepcional de haber muerto éste sin poderla ejercitar, no durando en todo caso más que un año, á contar desde que el donador tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción. Ambas tienen de común el ser irrenunciables.

De la prescripción de la acción para pedir la revocación de las donaciones por incumplimiento de la condición, nada dice el Código Civil, sin duda por entender que en este caso hay que atenerse á las reglas generales de la contratación: si así es, podemos afirmar que prescribe á los cuatro años, que es el término marcado para el ejercicio de las acciones rescisorias.

Por no hacer demasiado extensa esta explicación, prescindimos de exponer cuantas observaciones se nos ocurren respecto á los principios legales porque se rige la revocación de las donaciones de una y otra clase, que son los transcritos en los párrafos anteriores. Pero este nuestro deseo no es suficiente á hacernos que callemos dejando de poner de manifiesto una contradicción grave y absurda que resulta de comparar lo preceptuado en el número primero del art. 644, con lo dicho en el párrafo segundo del 646; ambas del Código Civil.

En la primera disposición citada se hace constar, que la do-

nación se revoca por tener el donante, después de hecha aquella, *hijos legítimos ó legitimados, ó naturales reconocidos, aunque sean póstumos*: y en la segunda, que la acción para pedir la revocación por esta causa, se transmite, por muerte del donante, á *los hijos y sus descendientes legítimos*. Es decir, que el legislador prescindió primero de la existencia de los hijos naturales, al determinar quiénes pueden hacer donaciones irrevocables por razón de la descendencia habida en el momento de hacerlas (párrafo primero del art. 644); después, produciendo la inexplicable diferencia en su lugar señalada y desfavorablemente juzgada, admite la supervivencia de hijos naturales reconocidos, como causa suficiente á fundar en ella la revocación; y luego concluye por negar á éstos la acción que para conseguir este resultado concede á los hijos y sus descendientes legítimos, del donante, cuando éste muere dentro de los cinco años que la ley le concede para el ejercicio de la correspondiente acción.

¿Cabe mayor inconsecuencia, ni menor formalidad que la en este punto tenida por el legislador?

En esa alza y baja constante en que hace se cotice la significación de hijo natural reconocido, descubre que le importan tanto los intereses de éste, como las razones de moralidad que debió tener presentes para no admitir que el nacimiento del segundo ó tercer hijo natural dé origen á la revocación total de la donación. Los hijos de esta clase, que tan agradecidos podían estarle por la concesión de tan señalada merced, se creerán burlados por las veleidades de ese mismo legislador, y con razón podrán exclamar: ¿para qué decir que todo se nos concede, si después todo se nos niega?

Efectos de la revocación, según los casos.—Los efectos que la revocación de la donación produce, son muy distintos, según sea la causa que la motive; debiendo tener en cuenta, que el efecto común á todas, de hacer que los bienes vuelvan al donante, puede ser contradicho por el ejercicio que el donatario haya hecho en algún caso, del derecho á disponer de la cosa donada, que el título de donación le concede; pues la transmisión que esta supone, es en principio irrevocable, al perfeccionarse jurídicamente,

confiriéndose con ella la facultad de traspasar los bienes donados, por título oneroso ó gratuito, y para gravarlos. Pero esta facultad, que no destruye la condición resolutoria de supervivencia de hijos, ó de ingratitud, de que va afecta toda donación, es la que hace nacer la dificultad de que en determinados casos puedan armonizarse los intereses de unos y otros, y pueda cumplirse lo preceptuado en el Código Civil, conforme en este punto con lo establecido en la Ley hipotecaria, al hablar de los efectos de las acciones rescisorias y resolutorias, contra tercero. Al examinar los efectos que la revocación produce en cada caso, según el Código, indicaremos si hay alguna contradicción entre lo mandado por una y otra ley.

Dice el Código Civil en su artículo 645, que: «Rescindida la donación por la supervivencia de hijos, se restituirán al donante los bienes donados, ó su valor si el donatario los hubiese vendido.

Si se hallaren hipotecados, podrá el donante liberar la hipoteca, pagando la cantidad que garantice, con derecho á reclamarla del donatario.

Cuando los bienes no pudieren ser restituidos, se apreciarán por lo que valían al tiempo de hacer la donación.»

Vemos en el precepto transcrito, que en el caso de revocación por supervivencia de prole, no puede darse colisión entre el derecho del donante y el de un tercero, si éste ha adquirido los bienes donados por cualquier título translativo de dominio, porque el Código no sostiene que en todo caso hayan de devolverse al donante aquellos bienes ó cosas que donó, porque claramente acepta el valor de ellas si el donatario los hubiese vendido; y lo mismo debe entenderse, sea cualquiera el título de transmisión. El valor será el que tenían al hacer la donación.

En el caso en que se hallaren hipotecados, tampoco puede haber oposición de derechos, porque la facultad de liberar la hipoteca que al donante le concede la ley, es la misma que tenía el donatario: con ello nada pierde el acreedor hipotecario, y al donador se le concede acción para repetir contra el donatario por el tanto gastado en liberar la hipoteca; lo cual implica una especie de subrogación en los derechos que el dicho acreedor

hipotecario tenía contra el donatario, bien que para ello no tenga el donante más que una acción personal, en cambio de la real que aquél tenía. El donatario devolverá los frutos desde la interposición de la demanda.

Si la revocación es motivada por dejar de cumplir el donatario alguna de las condiciones que el donante le impuso, los bienes donados volverán á éste, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto á terceros, por la Ley hipotecaria.

En este caso, parece al comenzar á leer la disposición legal, que hay oposición entre el Código y la Ley hipotecaria, al decir: «quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto»; pero de hecho y expresamente queda salvada la contradicción, porque el párrafo segundo del art. 647 del Código Civil, termina diciendo: «con la limitación establecida, en cuanto á terceros, por la Ley hipotecaria».

El donatario está obligado á devolver también en este caso los frutos percibidos desde que dejó de cumplir la condición.

Por último, si la revocación de la donación tiene lugar por causa de ingratitud, quedarán, sin embargo, subsistentes las enajenaciones é hipotecas anteriores á la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la Propiedad. Las posteriores serán nulas.

Como vemos, también en este caso respeta el Código los derechos que un tercero pueda haber adquirido, si bien concede al donante que no puede recuperar sus bienes mismos, acción para exigir del donatario el valor de los enajenados, ó la cantidad en que hubiesen sido hipotecados: la valoración se hará atendiendo al tiempo de la donación.

En este caso de revocación no tendrá el donatario obligación de devolver los frutos de la cosa donada, sino desde la interposición de la demanda.

Comparada esta doctrina del Código Civil, con la de la Ley hipotecaria, que determina en su art. 36, que las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme á lo prevenido en la ley, parece que hay armonía completa entre ellas; pero las dudas nacen y las cuestiones pueden surgir, de que después la misma ley, en el art. 37, que marca las excepciones al principio consignado en el anterior, comprende en el número primero de estas «las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen á causas que consten explícitamente en el Registro». Es decir, que aquí la duda está en la interpretación que se le dé al término *explícitamente*.

Los ilustres comentaristas de la Ley hipotecaria, Sres. Galindo y Escosura, dan á aquella palabra un valor equivalente al del adverbio *señaladamente* que usan las Partidas, y dicen: «que siempre que conste en el Registro una circunstancia que forzosamente, y sin que sean necesarios hechos posteriores, lleve en vuelta en sí la nulidad ó rescindibilidad del acto ó contrato, se ha cumplido la condición legal, aun cuando no se mencione determinadamente el caso de la rescisión ó nulidad; pero que si la circunstancia causa de la nulidad ó rescisión, aunque conste en el Registro, no las produce por sí misma, sino que ha de determinarse por hechos posteriores desconocidos ó eventuales, no ha de entenderse que consta de un modo explícito». Y después al comentar el art. 38, al que consideran como complementario ó demostrativo del 36, siguen diciendo: «con arreglo á la inteligencia que hemos dado al precepto del art. 37, como la rescisión que puede sobrevenir por ingratitud del donatario ó por supervivencia de hijos (no expresándose estos casos), no tendría su origen en la escritura de donación que se inscribe, en la que no se mencionaban, sino en sucesos posteriores é independientes que no constan en el Registro, no puede perjudicar á tercero.»

Esta es la doctrina más autorizada que podemos exponer, cuyo criterio seguimos por creerlo verdadero; no sin reconocer, que caso de interpretar literalmente la ley, daría lugar á contienda, siendo difícil de prever el criterio en que se inspiraría la de-

claración judicial, aunque es presumible fuera el indicado, por ser el más racional.

II *Reducción de las donaciones.*—Según tenemos dicho en otro lugar, la posible ineficacia de las donaciones puede referirse lo mismo á una parte que al todo de ellas, llamando *revocación* á la rescisión total, y *reducción* á la parcial. Esta reducción tiene lugar cuando la donación es inoficiosa; esto es, cuando al donar se traspasaron los límites dentro de los cuales podía moverse con libertad el donante, por no perjudicar el derecho de tercero: límites que, según dice el art. 636 del Código Civil, están determinados por lo que puede darse por testamento. Por eso se dice que la reducción de las donaciones se funda en el derecho á recibir una determinada cuota por legítima; y hay lógica en el legislador, ya que no ha proclamado en toda su amplitud la libertad de testar, al admitir la reducción de las donaciones.

Es evidente, que para ver si procede ó no la reducción, hay que hacer una liquidación del caudal del donante, operación que debe hacerse, según expresión de la ley, *computando el valor líquido de los bienes de éste al tiempo de su muerte*; siendo natural que en ese momento se haga, porque es cuando nace el llamado derecho de legítima, en cuyo nombre se pide y obtiene el beneficio de contraer á los justos límites las prodigalidades del donador, quien solo pudo donar válidamente la parte de libre disposición, si tenía hijos ó descendientes, ó cualquiera otra clase de parientes de los que por tener derecho á *legítima* se llaman herederos forzosos.

No establece la ley en este lugar reglas expresas y principios fijos, conforme á los cuales haya de hacerse ó practicarse la reducción: se remite á lo preceptuado en los artículos 820 y 821 del mismo Código, como complemento de lo único que acerca de este particular habla en el capítulo que ahora estudiamos, cuando dice: «Si, siendo dos ó más las donaciones, no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán ó reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente». Aquellas reglas las estudiaremos en su lugar propio.

Consecuencia de no poderse saber si la donación es ó no

inoficiosa hasta la muerte del donante, es la declaración legal de que la reducción no obsta para que las donaciones tengan efecto durante la vida del donador y para que el donatario haga suyos los frutos; los que no estará obligado á devolver, sino desde la interposición de la demanda. Los anteriores no está obligado á devolverlos, por haber sido poseedor de buena fé; pero esta buena fé sería negada por oponerse á la demanda de reducción, y de aquí que desde dicho momento esté obligado á reintegrar los frutos que perciba.

Personas que pueden pedir la reducción de las donaciones.—Establece el art. 655 del Código Civil, que «solo podrán pedir reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho á legítima ó á una parte alícuota de la herencia, y sus herederos ó causahabientes.

Los comprendidos en el párrafo anterior no podrán renunciar su derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa, ni prestando su consentimiento á la donación.

Los donatarios, los legatarios que no lo sean de parte alícuota y los acreedores del difunto, no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella.»

La ley, como vemos, señala positiva y negativamente las personas capacitadas para pedir la reducción.

Para contestar cumplidamente á la pregunta, habrá que indagar quiénes son los que tienen derecho á legítima, ó sea, á esa porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley á determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos. A esto contesta el art. 807, que dice son herederos forzosos: 1º Los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos. 2º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes legítimos respecto de sus hijos y descendientes legítimos. 3º El viudo ó viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos, y el padre ó madre de éstos, en la forma y medida que establecen otros artículos posteriores.

Y no solo estos herederos, sino hasta los herederos testamentarios que lo son de parte alícuota, tienen derecho á pedir la reducción; derecho que no se les concede á los instituidos en co-

sa cierta y determinada, porque son considerados como legatarios, y á éstos niega la ley ese derecho, siempre que no lo sean de parte alícuota, que es á los que terminantemente excluye el Código.

El derecho á pedir la reducción de las donaciones, dice la ley que es irrenunciable durante la vida del donante, y prohíbe esta renuncia en cualquiera forma, ya se haga expresa ó tácitamente; declaración que se funda en la misma razón que hay para que tampoco pueda renunciarse la legítima futura; y como el derecho á pedir que sea reducida una donación se funda en el de legítima, de aquí que ambos deban correr la misma suerte y tener igual carácter. Pero esta irrenunciabilidad podemos decir que es de carácter temporal, porque según la misma ley indica, se limita á la vida del donante. Fallecido éste podrá renunciarse.

Niega la ley derecho á pedir reducción á los legatarios de cosa cierta y á los acreedores; porque respecto á los primeros no hay temor á que pueda la donación perjudicarles, en cuanto que heredan en cosa cierta que actualmente está en el patrimonio del testador; y porque los segundos no tienen derecho á perseguir bienes que el deudor ya no posee.

Legislación foral acerca de la donación

Esa expresión de generosidad y desprendimiento que toda donación supone, no es muerta en los territorios que se rigen por leyes especiales, siquiera sean diferentes los principios que la regulan: principios que siguiendo el orden que nos hemos propuesto, expondremos por separado en las distintas regiones llamadas forales; bien que no hagamos más que sumarias indicaciones, por no traspasar los límites marcados á nuestro propósito en estas explicaciones, pues si otra cosa hiciéramos, olvidaríamos el fin á que este libro especialmente se dedica.

Cataluña.—*Principios generales del derecho catalán acerca de la donación.*—Como en Cataluña hay una mayor libertad de testar que en Castilla, según explicaremos en su lugar correspon-

diente, el padre puede donar más bienes, puesto que no se le impone en este punto otra obligación que la de dejar á salvo el derecho de legítima de los descendientes, formada por la cuarta parte del caudal hereditario. En cambio es nula toda donación que el hijo menor de 20 años haga á favor del padre, ó de su tutor ó curador, ya directamente, ya por persona interpuesta; siempre que no se haya otorgado con el consentimiento de los tres parientes, ó tres amigos más allegados á falta de aquellos; siendo necesaria en este último caso la intervención del Juez, y el juramento del menor que afirma ser tales personas las más próximas ó amigas.

Es necesaria, como en Castilla, la aceptación de la donación; pero se admite que sea expresa ó tácita, bastando en todo caso la entrega de la cosa, ó la comparecencia á su otorgamiento.

Por razón de la cuantía de las donaciones, requiérese la formalidad de la *insinuación*, cuando pase de 500 florines: cantidad que discuten los tratadistas á qué equivale en moneda castellana, siendo la opinión más corriente la que marca su equivalencia en 1.400 pesetas, que es el cómputo admitido por la práctica de los Tribunales. En la práctica es suplida la insinuación por el juramento; pero ni una ni otra formalidad son suficientes para convalidar la donación hecha á favor de causas pías antes de ingresar en religión, á no ser que tenga efecto en los dos meses anteriores, se haga con licencia del Obispo ó su Vicario y después se realice la profesión.

Aunque para el derecho catalán es también la donación acto irrevocable por su naturaleza, admite no obstante algunos determinados casos en que se hace revocable, como sucede siempre por causa de ingratitud, que cometida por el donatario, anula en un todo la donación, no pudiendo el donante renunciar por pacto ó revocar la donación por esta causa; y en los casos de supervivencia de hijos: si bien esta es más causa de reducción que de revocación, porque solo revoca la donación en cuanto haya excedido de lo que libremente podía disponer el donante sin perjudicar los derechos de sus herederos forzosos, quedando subsistente en todo lo demás.

No están prohibidas las donaciones entre los cónyuges, si la donación se otorga para que tenga efecto después que el matrimonio se haya disuelto, ó cuando consistan en regalos módicos, ó se traspasa solo el uso de la cosa donada. Son además admisibles entre esposos, cuando el contrato se otorgó antes de celebrarse el matrimonio, y el dominio de la cosa donada se traspasa después; si se hacen para que uno de los cónyuges recomponga una finca arruinada, siempre que el otro no le done más que lo preciso para reintegrarla á su ordinario estado; y aquellas donaciones que ni enriquecen al donatario ni hacen más pobre al donante, lo cual es muy posible que pueda ocurrir, porque hay cosas que en poder de determinadas personas no tienen valor alguno, ni producen utilidad, en cambio que para otras son de una utilidad y valor inestimables.

Aragón.—*Principios del derecho aragonés sobre las donaciones.*—Es la donación en Aragón, lo mismo que en Castilla, acto de liberalidad ejercido por persona capaz y con las formalidades de ley, sobre cosa lícita.

Toda clase de bienes, aunque estén generalmente obligados, pueden ser objeto de donación, á no ser que se hallen antes anotados por el Fisco ó emparados, ó especialmente obligados (1).

Requíerese, como en Castilla, que la donación de bienes inmuebles se haga en escritura pública, exceptuándose de esta formalidad, la hecha por el religioso y la formalizada en testamento (2).

Como medio de distinguir las donaciones falsas de las verdaderas, se exige el requisito de la *insinuación*, cuando el valor de lo donado excede de 500 sueldos; exceptuándose de este requisito la hecha por dote ó en contemplación de matrimonio, en las remuneratorias, en la de los reyes, príncipes y religiosos, para cuya validez bastan sus sellos, signos y testigos.

La donación hecha en escritura pública transfiere el dominio y la posesión al donatario, sin que perjudique á éste la te-

(1) Observ. 17 de *pignor.*—Observ. 13 de *donat.*

(2) Fuer. 3^o de *fide instrum.*

nencia posterior de la cosa por el donante, á no ser que éste los enajenara por título oneroso y el donatario no reclamara en el término de un año, á contar desde la enajenación (1).

Está permitida la donación de todos los bienes presentes y futuros, siempre que se exprese claramente que en ella entran estos también. Si se habla solo en términos generales, no se entiende que se refiere más que á los presentes.

Cuando uno hace donación á un padre y sus hijos conjuntamente, diciendo: «Doy á fulano y á sus hijos tal cosa», todos deben tenerla á la vez y sucesivamente: si la donación fué condicional y alguno de los donatarios no cumple la condición, la falta perjudicará á todos (2).

Los padres pueden donar todos sus bienes á alguno de los hijos, reservándose lo suficiente para alimentos y dote á los demás, y la donación prevalece sin que los hijos respondan de las deudas del donante, á no ser que los bienes donados estuviesen especialmente obligados por éste ó emparados á instancia de los acreedores.

Los esposos pueden donarse todos ó parte de sus bienes, aun sin el consentimiento de los parientes; exceptuándose la dote y axobar, que para donarla es necesario dicho consentimiento.

Como rara especialidad presenta la legislación aragonesa la particularidad de que la donación no se revoca por ingratitud del donatario, porque la donación simple solo produce en éste una obligación moral para el agradecimiento, cuya falta no puede servir de motivo para revocar actos perfectos y consumados, dicen los comentaristas de aquellas leyes.

Navarra.—*Especialidades de sus leyes sobre donaciones.*—

El padre puede hacer donaciones á sus hijos en cantidades desiguales, sin que por esto se anule la donación, pues esta no es revocable por tal causa, según una ley del Fuero.

(1) Observ. 22 de *fide instrum.*—15 de *donat.* y Fuer. 2º de *Collus. Deleg.*

(2) Observ. 10 de *donat.*

La donación que excede de 300 ducados no es válida si no se hace ante Notario público y testigos, y se insinúa ante Juez competente; formalidad exigida para evitar engaños y fraudes: exceptúase la hecha por causa de matrimonio, y la que se haga con juramento del donador, constando en escritura; encargando al Escribano, bajo ciertas penas, la obligación que tiene de enterar á los contrayentes de la necesidad de cumplir este requisito.

Algunas otras particularidades presentan las leyes navarras en materia de donación, de las cuales no hacemos mérito por haber pasado á ser, más que otra cosa, antigüedades legislativas sin aplicación hoy.

Vizcaya — *Breve indicación de sus leyes sobre donación.*—

Las cosas que se donan, lo mismo que las que se venden, se han de especificar ante Escribano; principio general que es aplicable lo mismo á las donaciones entre parientes que á las de extraños.

La ingratitud es causa de revocación total de la donación, perdiendo el donatario ingrato todos los bienes recibidos, una vez probada la ingratitud, los cuales bienes deben volver al donador injuriado ú ofendido, aun aquellos que hubiesen sido sequestrados al donatario; pero cesan los efectos de este castigo cuando el donante lo perdona; perdón que puede ser expreso ó tácito, deduciéndose de la realización de ciertos actos, como comer ó beber juntos, hablar amigablemente, etc , etc.

DOCTRINA LEGAL

Art. 618. La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta.

Art. 619. Es también donación la que se hace á una persona por sus méritos ó por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, ó aquella en que se impone al donatario un gravámen inferior al valor de lo donado.

Art. 620. Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria.

Art. 621. Las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos, se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título.

Art. 622. Las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos, y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravámen impuesto.

Art. 623. La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario.

Art. 624. Podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes.

Art. 625. Podrán aceptar donaciones todos los

que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello.

Art. 626. Las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales ú onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes.

Art. 627. Las donaciones hechas á los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento.

Art. 628. Las donaciones hechas á personas inhábiles son nulas, aunque lo hayan sido simuladamente, bajo apariencia de otro contrato, por persona interpuesta.

Art. 629. La donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación.

Art. 630. El donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí, ó por medio de persona autorizada con poder especial para el caso, ó con poder general y bastante.

Art. 631. Las personas que acepten una donación en representación de otras que no puedan hacerlo por sí, estarán obligadas á procurar la notificación y anotación de que habla el art. 633.

Art. 632. La donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente ó por escrito.

La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación.

Art. 633. Para que sea válida la donación de co-

sa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.

La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación ó en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante.

Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras.

Art. 634. La donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, ó parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad ó en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias.

Art. 635. La donación no podrá comprender los bienes futuros.

Por bienes futuros se entienden aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación.

Art. 636. No obstante lo dispuesto en el artículo 634, ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar ó recibir por testamento.

La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida.

Art. 637. Cuando la donación hubiere sido hecha á varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa.

Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente á marido y mujer, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiese dispuesto lo contrario.

Art. 638. El donatario se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante. Este, en cambio, no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuere onerosa, en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravámen.

Art. 639. Podrá reservarse el donante la facultad de disponer de alguno de los bienes donados, ó de alguna cantidad con cargo á ellos; pero, si muriere sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes ó la cantidad que se hubiese reservado.

Art. 640. También se podrá donar la propiedad á una persona y el usufructo á otra ú otras, con la limitación establecida en el art. 781 de este Código.

Art. 641. Podrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquiera caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias.

La reversión estipulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior, es nula; pero no producirá la nulidad de la donación.

Art. 642. Si la donación se hubiere hecho impo-

niendo al donatario la obligación de pagar las deudas del donante, como la cláusula no contenga otra declaración, solo se entenderá aquél obligado á pagar las que apareciesen contraídas antes.

Art. 643. No mediando estipulación respecto al pago de deudas, solo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya hecho en fraude de los acreedores.

Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores á ella.

Art. 644. Toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, queda rovocada por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes:

1° Que el donante tenga, después de la donación, hijos legítimos ó legitimados, ó naturales reconocidos, aunque sean póstumos.

2° Que resulte vivo el hijo del donante, que éste reputaba muerto cuando hizo la donación.

Art. 645. Rescindida la donación por la superveniencia de hijos, se restituirán al donante los bienes donados ó su valor si el donatario los hubiese vendido.

Si se hallaren hipotecados, podrá el donante liberar la hipoteca, pagando la cantidad que garantiza, con derecho á reclamarla del donatario.

Cuando los bienes no pudieren ser restituidos, se apreciarán por lo que valían al tiempo de hacer la donación.

Art. 646. La acción de revocación por superveniencia de hijos prescribe por el transcurso de cinco años contados desde el nacimiento del último hijo, ó desde la legitimación ó reconocimiento, ó desde que se tuvo noticia de la existencia del que se creía muerto.

Esta acción es irrenunciable, y se transmite, por muerte del donante, á los hijos y sus descendientes legítimos.

Art. 647. La donación será revocada á instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso.

En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto á terceros, por la Ley Hipotecaria.

Art. 648. También podrá ser revocada la donación, á instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos siguientes:

1º Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, la honra ó los bienes del donante.

2º Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar á procedimientos de oficio ó acusación pública, aunque lo pruebe; á menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su mujer ó los hijos constituidos bajo su autoridad.

3º Si le niega indebidamente los alimentos.

Art. 649. Revocada la donación por causa de in-

gratitud, quedarán, sin embargo, subsistentes las enajenaciones é hipotecas anteriores á la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la propiedad.

Las posteriores serán nulas.

Art. 650. En el caso á que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, tendrá derecho el donante para exigir del donatario el valor de los bienes enajenados que no pueda reclamar de los terceros, ó la cantidad en que hubiesen sido hipotecados.

Se atenderá al tiempo de la donación para regular el valor de dichos bienes.

Art. 651. Cuando se revocare la donación por alguna de las causas expresadas en el art. 644, ó por ingratitud, y cuando se redujere por inoficiosa, el donatario no devolverá los frutos sino desde la interposición de la demanda.

Si la revocación se fundare en haber dejado de cumplirse alguna de las condiciones impuestas en la donación, el donatario devolverá, además de los bienes, los frutos que hubiese percibido después de dejar de cumplir la condición.

Art. 652. La acción concedida al donante por causa de ingratitud no podrá renunciarse anticipadamente. Esta acción prescribe en el término de un año, contado desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción.

Art. 653. No se transmitirá esta acción á los herederos del donante, si éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado.

Tampoco se podrá ejercitar contra el heredero

del donatario, á no ser que á la muerte de éste se hallase interpuesta la demanda.

Art. 654. Las donaciones que, con arreglo á lo dispuesto en el art. 636, sean inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tenga efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos.

Para la reducción de las donaciones se estará á lo dispuesto en este capítulo y en los artículos 820 y 821 del presente Código.

Art. 655. Solo podrán pedir reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho á legítima ó á una parte alicuota de la herencia, y sus herederos ó causa habientes.

Los comprendidos en el párrafo anterior no podrán renunciar su derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa, ni prestando su consentimiento á la donación.

Los donatarios, los legatarios que no lo sean de parte alicuota y los acreedores del difunto, no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella.

Art. 656. Si, siendo dos ó más las donaciones, no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán ó reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente.

APLICACIÓN PRACTICA ⁽¹⁾

Validez de donación por razón de la cuantía.—La declaración por el donatario, de que la donación se halla dentro de los límites del art. 634 del Código Civil, es bastante para que la escritura sea inscribible. (Res. de 21 de Agosto de 1893, publicada en la *Gaceta* de 23 de Octubre del mismo año).

Donación condicional.—Que la palabra «cargas» empleada en el art. 633 del Código Civil, al ordenar que en la escritura de donación de cosa inmueble ha de expresarse «el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario», se refiere únicamente á las cargas reales que pueden afectar al inmueble, y no á las obligaciones personales. (Res. de 3 de Diciembre de 1892, publicada en la *Gaceta* de 16 de Febrero de 1893).

Donación entre cónyuges.—Prohibidas por derecho romano, vigente en Cataluña, las donaciones entre cónyuges, las adquisiciones hechas por la mujer durante el consorcio, si no justifica plenamente la procedencia del dinero invertido en ellas, caen bajo aquella prohibición, prevaleciendo la presunción de que existe una donación del marido. (Res. de 5 de Julio de 1894, publicada en la *Gaceta* del 1º de Agosto del mismo año).

Procede inscribir una escritura de donación entre cónyuges hecha en Cataluña, por tener fuerza obligatoria en el Principado el Senado Consulto de Caracalla (fr. 32, tít. I, libro XXIV, Digesto), que revalida con efecto retroactivo dichas donaciones, si el donador hubiese muerto sin revocarlas. (Res. de 17 de Septiembre de 1895, publicada en la *Gaceta* de 18 de Octubre del mismo año).

(1) En esta sección ó parte del Capítulo, consignaremos cuanto se haya dicho hasta la fecha, tanto por la Dirección General de los Registros, como por el Tribunal Supremo, en todos y cada uno de los particulares que formen el asunto de cada Capítulo. Las resoluciones las marcaremos con la fórmula *Res.* y las sentencias con la de *Sent.*

Donación paterna.—Si bien es cierto que el derecho del heredero á suceder en los bienes y obligaciones de su causante, y la facultad que tienen los padres en Cataluña de hacer donaciones y heredamientos universales con carácter de irrevocables en favor de sus hijos por causa de matrimonio siendo válidas y subsistentes, aun ocurriendo la muerte del donatario antes que la del donante, no es menos exacto que esta facultad y estos derechos están limitados por los que tienen á sus respectivas legítimas los descendientes y ascendientes, derechos que jamás pueden renunciarse, ni expresa ni tácitamente en vida del que los determina por su muerte. (Sent. de 27 de Octubre de 1894, publicada en las *Gacetas* de 7 y 8 de Enero del mismo año).

Nulidad de donación.—Declarada nula una donación, en cuanto excede al tipo legal que exime de insinuación, es consecuencia indeclinable la ineficacia de todo lo practicado en ejecución de semejante acto, é indiscutible el derecho para reivindicar lo que indebidamente se había satisfecho por consecuencia del pacto anulado. (Sent. de 24 de Abril de 1894, publicada en la *Gaceta* de 7 de Octubre del mismo año).

Donación con cláusula reversional.—Los derechos condicionales no nacen ni pueden hacerse públicos mediante la institución del Registro, mientras no se cumpla la condición; de donde se deriva, que establecida la reversión á favor de dos personas, ó de sus sucesores, y muertas las primeras mucho antes de que se cumpliera la condición impuesta para la reversión, es evidente que no hay más adquirente en virtud de esta, que el que siendo heredero de los donantes vivía en el momento de cumplirse la condición, y por esta causa, no son necesarias las prévias inscripciones que el Registrador echa de menos, puesto que habrían de extenderse á favor de personas que no adquirieron derecho alguno sobre la finca, dado que murieron antes de cumplirse la condición. (Res. de 7 de Febrero de 1895, publicada en 25 de Abril del mismo año).

Hecha una donación en escritura de capitulaciones matrimoniales en beneficio de una persona y sus sucesores, si los tuviere, con la condición de que vuelvan al tronco común los bie-

nes donados, si muriese sin hijos, y modificada esta condición en testamento posterior, limitándola á la donación, fallezca ó no sin sucesión, esta modificación no puede producir la nulidad del testamento, suponiendo que infringe la doctrina de la irrevocabilidad de los donaciones, pues aquella condición no afectaba á la esencia de la donación, ni constituía un derecho irrevocable á favor de los parientes troncales del donante. (Sent. de 17 de Octubre de 1895, publicada en las *Gacetas* de 4 y 11 de Noviembre del mismo año).

Revocación de donación.—Para la revocación de una donación en que los donatarios sean menores, es necesaria la aprobación judicial, ó autorización del Consejo de familia, según los casos. (Res. de 30 de Octubre de 1892, publicada en la *Gaceta* de 26 de Diciembre del mismo año).



CAPITULO IV

De las sucesiones

CONSIDERACIONES PREVIAS



ANTES de entrar en el estudio de las sucesiones hereditarias tal como nos las presenta la legalidad vigente, conviene que hagamos algunas consideraciones sobre determinadas cuestiones, que si importan poco ó nada á los escritores cuyo único objeto es el comentar la ley en la forma actual en que esta se presenta, creemos que no pueden ser omitidas por nosotros, si queremos responder á las exigencias de una explicación doctrinal, como es nuestro propósito. Estas consideraciones prévias versarán sobre dos cuestiones no poco debatidas por los escritores, siquiera no hayamos de darles la extensión que por su importancia merecen, por no traspasar los límites en que nuestro trabajo debe mantenerse:

1^a *Si la sucesión hereditaria es de Derecho natural ó es pura creación de la Ley civil.*

2^a *Si el derecho hereditario participa de la naturaleza de los derechos reales, ó es, por el contrario, modo de adquirir.*

Acerca de la primera cuestión hay quien sostiene que la su-

cesión hereditaria es creación de la Ley civil. Así opina Simeón' diciendo: que desde que morimos todos los vínculos que existían con nuestra propiedad se rompen: solamente la ley puede renovarlos. Sin ella, los bienes, careciendo de dueño, serían del primer ocupante. Cada fallecimiento produciría la incertidumbre y el desorden que el estado social ha hecho cesar. La sucesión, pues, es una institución civil por la que la ley transmite á un propietario nuevo y previamente designado, las cosas que acaba de perder su dueño anterior.

Otros, como Portalis, afirmando que el derecho de propiedad es en sí mismo una institución derivada por modo directo de la naturaleza, no se atreven á afirmar que el derecho sucesorio sea de Derecho natural, y explican, por razones de pura conveniencia social y de equidad, el derecho de conservar los bienes en la familia del propietario, sin que en rigor ningún miembro de ella pueda reclamarlos, fundando su derecho en título riguroso de propiedad. Sostienen que el buen sentido, la razón y el bien público no permiten que los bienes queden abandonados, y en tal sentido deben pertenecer al Estado. Mas, añade Portalis, es preciso no equivocarse al determinar cuál es el derecho del Estado en este punto: no es que tenga un derecho hereditario, sino un simple derecho de administración y de gobierno, mediante el cual, el Estado no sucede, sino que establece el orden de las sucesiones.

Las citadas opiniones y las de otros varios filósofos y escritores, como Kant, Fichte, Gros, etc., vienen á fundar su conclusión de que la sucesión es creación de la Ley civil positiva, en una razón de conveniencia social, como es la de evitar el estado de continua lucha en que la sociedad civil se vería empeñada si los bienes del propietario difunto hubieran de pasar á la propiedad del primer ocupante.

Frente á esta conclusión se opone la de que la sucesión hereditaria es de Derecho natural. Así opina Domat, diciendo: que Dios nos ha unido á la familia en la cual nacemos: los lazos de la familia engendran derechos y obligaciones, y el derecho sucesorio

rio no es otra cosa sino un derecho fundado en un deber, y ambos arrancan del Derecho natural.

Para muchos, el derecho sucesorio es un preciso corolario y necesario complemento del derecho de propiedad, sin el que esta sería una cosa imperfecta, un derecho á medias: sin la sucesión la propiedad se anularía en su aspecto económico más importante, que es mirada como base y garantía del crédito, pues lo que mantiene la fé de las transacciones humanas, lo que les dá valor, es la especie de inmortalidad de que se reviste la persona jurídica del difunto, por medio de las sucesiones. «La propiedad —dice Thiers—no produce todos sus efectos, los mejores y los más fecundos, sino á condición de ser completa, personal y hereditaria».

El Sr. Rodríguez de Cepeda, en su libro titulado *Elementos de Derecho Natural*, afirma que el derecho de transmitir la propiedad *mortis causa* es una consecuencia del derecho de propiedad, y por lo tanto, procede de la Ley natural y no de mera concesión de la Ley civil. Y para demostrarlo explica cómo la transmisión de los bienes *mortis causa* aumenta la utilidad de los bienes materiales, y su aptitud para satisfacer nuestras necesidades; esto es, que la naturaleza de los bienes externos pide esta transmisión para llenar mejor sus fines: que responde á las aspiraciones de la naturaleza humana, y á necesidades y tendencias morales, legítimas, siendo necesaria para la paz y el orden social; y concluye probando que es un ejercicio legítimo de nuestra actividad, no contrario á los derechos de los demás hombres.

Nosotros opinamos en este último sentido, porque no es cierto, como afirma Montesquieu, que la Ley natural manda á los padres alimentar á sus hijos; pero no les obliga á hacerles sus herederos. Creemos que si los padres tienen este deber de alimentar á sus hijos, es porque existe en éstos el derecho á esa alimentación, que ha de realizarse con los bienes de que la familia dispone; y como el derecho es en toda relación jurídica de igual clase que el deber, de aquí que concluyamos que el derecho sucesorio es de Derecho natural y no creación de la Ley civil posi-

tiva, la cual no hace otra cosa que reconocer, proteger y reglamentar ese derecho sucesorio; pero no lo crea, sino que no pudiendo immortalizar los miembros de la familia, procura que sus relaciones tengan una especie de inmortalidad mediante aquél derecho.

Tampoco es admisible lo de que todos los vínculos que existían con nuestra propiedad se rompen por el hecho de la muerte, siendo la única capaz de renovarlos la Ley civil positiva; porque á la muerte de uno de los miembros de la familia, como esta queda subsistente, pasa á los supervivientes el derecho del difunto, como dice Prisco. Cuando el que muere es un individuo aislado, cabe pensar si la muerte ha roto todos los lazos de aquella existencia solitaria. Pero si el individuo es miembro de una familia, debiendo ser empleados sus bienes para bien común de aquella misma sociedad, recaen naturalmente en los supervivientes; tanto, que el cambio de dueño, que puede considerarse un salto en el orden individual, es una continuación en el orden doméstico.

Vista ya la solución que á nuestro juicio se ofrece como más aceptable de las dos porque se pronuncian las opiniones en la primera de las dos cuestiones formuladas, vamos á examinar lo que acerca de la segunda se disiente, esto es, *si el derecho hereditario es derecho real ó modo de adquirir*. Y para proceder con el debido orden indicaremos las razones que en uno y otro sentido se alegan.

Sostienen algunos que la herencia es un *derecho real*, que comprende todos los derechos reales y personales constitutivos del patrimonio del difunto, cuyos derechos individualmente considerados, se refieren á un sujeto activo y otro pasivo: y como consecuencia de esto, es necesaria la concurrencia de una persona y una cosa, y un título y un modo para ejercer el derecho, por la extinción de la persona del transmitente: y, por último, que en cuanto á las acciones procedentes del derecho hereditario, como la de *petitio hereditatis*, son de naturaleza mixta, pudiendo ejercitarse contra cualquiera poseedor. Esto es, que los

derechos que determinan la herencia yacente, aunque en algunos casos todos ellos sean personales, tendrán su consideración particular y aisladamente unos de otros, pero formando todos ellos el conjunto ó totalidad como derecho real.

El derecho hereditario es definido por Morató como «derecho real en virtud del cual se sucede en la universalidad de los derechos activos y pasivos transmisibles de una persona que ha fallecido».

Sostiene que es derecho real, porque en su opinión concurren en él los caracteres asignados á los derechos reales: 1º Que radiquen en una cosa específica ó determinada: 2º Que sea independiente de la obligación; esto es, que no proceda de una manera directa ó inmediata de la obligación de persona: 3º Que produzca una acción real eficaz contra terceros poseedores.

En defensa de que el derecho hereditario reúne los caracteres dichos, se anticipa á contestar á la objeción que al primero puede hacerse, de que recayendo el derecho hereditario sobre una cosa *universal*, resultará, ó que este derecho no es real, ó que aquel requisito no es de la esencia de los derechos reales, diciendo: que la herencia, que es una cosa universal, tanto puede ser genérica como determinada ó específica; lo primero cuando hablamos en abstracto de la herencia, lo segundo cuando se designa cual sea esta, á saber: herencia de Pedro, de Juan, etc. La herencia *in genere* no presta todavía materia inmediata al derecho hereditario; mas lo contrario sucede en la herencia *in specie*, que es por lo tanto entonces *una cosa universal, pero específica ó determinada*. Y concluye diciendo: concurre, pues, en el derecho hereditario el primer carácter asignado á los derechos reales.

Dice que concurre el segundo carácter asignado á los derechos reales en las cosas adquiridas por sucesión testamentaria, ó intestada, porque no pudiendo ninguno de estos títulos apellidarse *contrato ú obligación*, es claro que en ellos ni directa ni indirectamente procede el derecho real de la obligación de persona.

Respecto al tercer carácter se contenta con decir que concurre en la herencia, por producir esta la *acción de petición de*

herencia, que es una acción no solo real sino mixta, eficaz contra terceros poseedores.

Frente á la opinión de los tratadistas que defienden que el derecho hereditario es un derecho real, por reunir los caracteres distintivos de los derechos reales, se levanta la de aquellos otros que estiman que es el derecho hereditario un *modo de adquirir la propiedad*, y se fundan en que no es verdad que convengan á este los caracteres asignados á aquellos. De esta opinión participa el señor López R. Gómez, que en su bien escrito libro sobre el derecho de sucesión, rebate la argumentación contraria en la forma siguiente: «Cierto es ese aspecto de universalidad que constituye uno de los caracteres del derecho hereditario; pero á nuestro juicio, la demostración que se hace, conduce al extremo contrario, es decir, á negar el concepto de real al derecho hereditario, pues en el momento en que se perfecciona por la aceptación del heredero, desaparece, porque al radicar sobre los bienes de la herencia con facultad de obrar, es porque se ha realizado el hecho de la transmisión; y si el heredero adquiere el derecho á los bienes por la muerte del causante, y ejercita ese derecho mediante la aceptación, el derecho hereditario es la causa de la adquisición, y aquel desde ese momento se convierte en el derecho absoluto, salvo siempre las limitaciones que hubiere impuesto el testador. Y además, si el heredero es el continuador de la personalidad de aquél, en cuanto legal y jurídicamente la obtenga, cesa la facultad de adquirir por consumarse el hecho y el derecho de la sucesión, convirtiéndose en verdadero dominio. En comprobación de esto cita la definición por él dada del derecho hereditario, diciendo que es: *un modo de adquirir en virtud del cual se sucede en la universalidad de los derechos activos y pasivos transmisibles de una persona que ha fallecido.*»

Es decir, que la sucesión es, para el escritor citado, la consecuencia ó efecto inmediato de ese derecho; luego toda vez que el heredero entre en la sucesión, ejerce las facultades de ella procedentes, no solamente por razón del concepto hereditario, sino por derecho adquirido en ó á las cosas.

Respecto al segundo carácter también sostiene el aludido autor que no cuadra al derecho hereditario, aun admitiendo como cierto que del derecho hereditario no aparece como causa la obligación personal, sino que, como causa remota ó título, lo es la disposición testamentaria y en su defecto la legal, verificándose la causa próxima ó cuasi tradición jurídica por la asistencia especial de la ley, en el momento de la muerte. Ciertamente es por lo tanto, sigue diciendo el mismo escritor, que en el derecho hereditario concurren la causa próxima ó modo y la remota ó título; pero también lo es, que en el momento en que coinciden, no se adquiere el derecho de sucesión, sino que se adquiere el derecho á la herencia que puede ejercitarse y se perfecciona en cuanto concurren las condiciones de la ley para que el heredero sea tal heredero y perciba la herencia.

Por último, concluye afirmando que la sola constitución ó existencia del derecho hereditario, no produce acción alguna eficaz contra terceros, sino cuando por su consumación se efectúa la transferencia de los derechos del causante al heredero, á diferencia de todo derecho real, que una vez constituido, produce las acciones correspondientes á favor del adquirente.

Con esto termina negando al derecho hereditario el tercer carácter de los derechos reales, y por tanto, que ninguno de los tres que á estos se asignan conviene á aquel.

Nosotros participamos de la opinión que afirma que el derecho hereditario es *modo de adquirir*, porque por él hacemos nuestras cosas que antes no estaban en nuestro patrimonio, del mismo modo que sucede por la ocupación, donación, prescripción, contratos, etc.; y si este es el principal efecto que produce, hasta el extremo que podemos predicarlo como formando su esencia, ¿con qué otro nombre le vamos á llamar? Esto es por lo que se refiere á lo que el derecho hereditario es en sí, como sustitución de una persona propietaria por otra que viene á hacer sus veces en las relaciones que aquella mantenía con las cosas de su pertenencia; que si lo consideramos como facultad ya concreta del heredero sobre las cosas heredadas, lo mismo puede ser

personal que real, según que personal ó real fuera la relación que el sucedido tuviera con aquellas cosas ó derechos que forman la materia del derecho sucesorio, pues sucede, que lo que cambia es el sujeto activo de esas relaciones, no el pasivo, y mucho menos la clase de relación jurídica.

Esta misma consideración de modo de adquirir le dá nuestra legalidad vigente, conforme en este punto con la generalidad de los Códigos modernos: al hablar en su art. 609 de los diferentes modos de adquirir la propiedad, dice que: «la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, *por sucesión testada é intestada.....*»

Concepto de la sucesión hereditaria.—Después de hacer el estudio de las dos cuestiones que al principio del Capítulo proponíamos como previas á la explicación de la doctrina legal sobre las sucesiones hereditarias, y de dejar sentado que el Código vigente comprende á estas entre los modos de adquirir y transmitir la propiedad y los demás derechos sobre las cosas, vamos á concretar nuestro trabajo, y al efecto comenzaremos por fijar el concepto jurídico de la *sucesión hereditaria*, antes llamada impropriamente *herencia*; y decimos impropriamente, porque esta palabra expresa más bien esa universalidad de bienes quedados á la defunción de una persona, que el modo legal de adquirirlos: para significar esto último es más propio el nombre de *sucesión hereditaria*.

La palabra sucesión, que en general significa la acción de suceder, es, en el sentido que nosotros aquí la empleamos, sinónima de sustitución, porque implica acción y efecto de sustituir una persona por otra, para que le reemplace en aquel orden de relaciones jurídicas en que aquella era sujeto activo ó pasivo: y se funda, como toda sucesión en derecho, en la permanencia de la relación jurídica y la no permanencia del sujeto de esa misma relación.

Así, pues, diremos que es la sucesión hereditaria: *La sustitución, por fallecimiento, de una personalidad jurídica por otra,*

por cuyo medio adquiere ésta cuantos derechos transmisibles, activos y pasivos, correspondían á aquella.

Caracteres de la sucesión hereditaria.—Los términos que empleamos al formular el concepto de la sucesión hereditaria, están indicando cuáles son los principales caracteres de esta; pues al decir *sustitución, por fallecimiento*, expresamos ya cómo esa sucesión nace y se determina con la muerte de la persona á quien se sucede, principio que nuestro Código Civil, de acuerdo con nuestra legislación antigua, formula en su art. 657, diciendo: «Los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte»; principio legal que se completa con aquel otro contenido en el art. 661 del mismo cuerpo legal, que dice: «Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones.» Preceptos de ley, que si por su redacción y alcance necesitan de alguna explicación, su sola enunciación y lectura confirman lo que decimos.

Afirmamos que necesitan aclaración estos artículos, porque la redacción del primero de ellos es impropia, al decir que tales derechos se *transmiten* desde el momento de la muerte: lo que hace es *nacer* el derecho hereditario desde la muerte de la persona á quien se sucede; pero en realidad no puede decirse que se *transmite*, porque tal transmisión no existe hasta tanto que el llamado á la sucesión no acepta. Prueba de ello es, que la persona llamada á la sucesión, ora lo sea por voluntad expresada en testamento, ora por ministerio de la ley, podrá pedir se le reconozca por tal sucesor ó heredero ocurrido que sea el fallecimiento, pero hasta tanto que no haga esto y acepte la sucesión no puede ser compelido al cumplimiento de las obligaciones que el causante de la misma tuviera, en las cuales también le sucede como decimos anteriormente. Y mucho menos podemos admitir lo que expresa el art. 661, tomado á la letra; porque ello implicaría la admisión en la ley positiva de una clase de herederos que ya no existen: los herederos necesarios. Dicho precepto, tal como está redactado, parece como que priva á los herederos del derecho á repudiar la herencia. Este rigor con que la ley se presenta en

apariencia, por la forma de estar redactada, es abiertamente opuesto á su espíritu, y á la misma letra de otros artículos referentes á la misma materia de sucesiones. Decimos que es contrario á su espíritu, porque nuestro derecho patrio, en el cual se inspira, ó debe inspirarse, el actual, respondiendo en este punto á lo mandado en la base 15 de la ley de 11 de Mayo de 1888, nunca tuvo tendencia á *imponer* la sucesión con el carácter de necesidad, como en ciertas épocas del Derecho romano sucedía: dejó en libertad á los llamados á la sucesión, para ser ó no herederos, marcando completa independencia entre la personalidad de éstos y la del causante de la herencia. Dígalo si no, la famosísima ley única, del tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá; que dando al traste con la doctrina que en este y otros particulares habían hecho renacer las Partidas, del Derecho romano, implantó muy saludables principios, que recogidos en los posteriores cuerpos legales son los que han venido informando nuestro Derecho, y en los que el legislador actual seguramente se ha informado; si bien hay que reconocer que no ha sabido expresar el pensamiento inspirado en tan recomendables y recomendados precedentes. Pero fiamos en que al tener necesidad de aplicar este artículo que explicamos, se hará según la regla de interpretación que enseña, que en el caso de contrariedad entre las palabras y el espíritu de la ley, este, en cuanto sea claro, debe prevalecer sobre la materialidad del texto. Por esto esperamos que el artículo de referencia se entienda en el sentido de que los herederos suceden al difunto en sus derechos y obligaciones desde que aceptan la herencia.

También del concepto que hemos dado de la sucesión hereditaria, se deduce el carácter de universal que esta tiene, pues al decir que por medio de ella adquirimos cuantos derechos transmisibles, activos y pasivos correspondían á la persona fallecida, paladinamente indicamos que es título universal de adquirir; es título, porque constituye una razón legal de adquirir la propiedad; y es universal, porque mediante él se adquiere una *universalidad* de bienes y derechos, al propio tiempo que también de obligaciones. Es el único modo universal de adquirir que

reconoce el derecho moderno; bien que no *universal* en el sentido que lo decía el Derecho romano.

El Código Civil sanciona este principio, diciendo en su artículo 659 que: «La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte.» Si esta es la herencia, y el derecho hereditario se extiende á cuanto forma la materia de esta, de aquí que con razón digamos que por la sucesión hereditaria se adquieren cuantos derechos transmisibles, activos y pasivos, correspondían al causante de la herencia. Y por eso, con razón también, se dice que el heredero es el continuador de la personalidad jurídica del finado.

Al decir nosotros que por la sucesión ó derecho hereditario se adquieren todos los derechos activos y pasivos, indicamos con ello que se adquiere cuanto era propiedad del difunto, ya representada por bienes materiales ó por derechos personales que á su favor tuviera contra otras personas; y que también pasan como cargas al *sucesor* las que con carácter real ó personal estuviera obligado á cumplir el *sucedido*, quien habrá de hacerlas efectivas, si aceptando la condición de heredero sin reservas (propriadamente hablando, *beneficio de inventario*) se hace cargo de los derechos y obligaciones á favor; y siempre y en todo caso que llegue á ser heredero, aunque lo sea con el beneficio indicado, deberá cumplir el *pasivo* hasta donde el *activo* alcance. Pero todos estos derechos de una y otra clase que decimos se adquieren por sucesión hereditaria, han de tener la condición de *transmisibles*, según antes indicamos; ó la de no extinguirse con la muerte de la persona á quien se sucede, como indica el Código: carácter de intransmisibilidad que lo mismo puede darse en los derechos á favor que en los en contra ú obligaciones; tal sucedería, v. gr., con el derecho de usufructo que á su favor tuviera el difunto, ó con la obligación que sobre éste pesara de dar alimentos á un hermano.

El Código Civil, en su art. 660, admite que pueda sucederse no en la universalidad de los bienes, sino en una parte de ellos; no á título universal, sino á título particular, con lo cual ha resuelto la cuestión á que daba lugar para intérpretes y tratadistas

nuestro antiguo Derecho, sobre la validez ó nulidad de la sucesión ordenada en testamento, cuando expresamente no se hubiera hecho bajo la forma de institución de herederos, entendiéndose que la nulidad, en su caso, solo alcanzaba á la sucesión universal, subsistiendo el testamento en cuanto al resto de sus disposiciones. Al que sucede á título universal le llama *heredero*, y al que sucede á título particular *legatario*: de donde se deduce, que para la vigente legalidad el concepto diferencial entre el heredero y el legatario consiste en la naturaleza del título en virtud del cual son llamados á la sucesión, pues nada significa para la validez ó nulidad del llamamiento, el que se les designe expresamente con sus nombres propios, ó se haga su llamamiento en forma general. Así claramente, lo preceptúa la ley positiva en su artículo 668, cuando después de llamar herencia á los bienes en que se sucede á título universal, y legado á los del título particular, dice: «En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha á título universal ó de herencia». Esto es, que en caso de duda, la ley quiere que ese sucesor que el difunto se ha nombrado previamente, adquiera todos los derechos activos y pasivos: que le represente en todo.

Cosas que pueden ser objeto de sucesión hereditaria.—Todas aquellas cosas que estando en el comercio de los hombres representan alguna utilidad y valor, pueden ser objeto de sucesión hereditaria, en general; y si queremos concretar la contestación á un caso determinado de sucesión, diremos que lo son todas aquellas cosas (bienes, derechos y obligaciones) que formaban el universal patrimonio del finado.

Nada decimos aquí de la capacidad de las personas sujetos de la sucesión hereditaria, por ser cuestión que con la debida extensión hemos de estudiar en su lugar correspondiente, cuando expliquemos en especial los dos medios, modos ó formas de concretarse esta sucesión. En la forma testada consideraremos la capacidad del que por sí nombra sucesor, y también la de éste; y en la intestada estudiaremos solo la del sucesor ó heredero, ya

que aquí la sucesión se concreta, no por voluntad del que causa la herencia, sino por ministerio de la ley, y en tal caso no queda que indagar más que las condiciones del que es llamado á la sucesión.

Especies de sucesión hereditaria.—Dos son los modos de concreción de la sucesión hereditaria: por voluntad del hombre ó por ministerio de la ley. Así lo reconoce expresamente el Código Civil, cuando en su art. 658 dice: «La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, á falta de éste, por disposición de la ley».

«La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima».

La circunstancia de seguir diciendo el artículo citado, que «podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley», ha hecho á algunos decir que en la sucesión se distingue una tercera forma llamada *mixta*; distinción que nosotros no aceptamos, porque siempre sucederá que es la voluntad del hombre, ó es la ley, la razón en cuya virtud se sucede. Es decir, que esa última declaración de la ley no puede dar base para introducir un tercer término en la clasificación de la sucesión hereditaria. En cambio tiene una importancia grandísima como principio escrito en la ley, pues es una declaración confirmatoria de la derogación que hizo el Ordenamiento de Alcalá del principio romano, de que nadie podía morir parte testado é intestado en parte: *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potes*.

Los títulos en que puede fundarse el derecho sucesorio son, el testamento ó la ley: el primero conteniendo la voluntad expresa del finado; la segunda supliendo á la primera cuando no existe ó es ineficaz, pues si aquella existe en condiciones de validez, la ley nada tiene que hacer en este orden, en cuanto á nombrar sucesor, porque la voluntad del hombre, cuando no es contraria al orden jurídico-legal, ha de preceder á las disposiciones positivas; y así se ha reconocido siempre desde que fué admitida y practicada la facultad de testar; porque si de otro modo fuera, ¿para qué esta?: con que la ley ordenara lo que había de hacerse en cada caso con el haber relicto, habría suficiente.

Nuestro Código Civil vigente, no solo ha reconocido que la voluntad del hombre manifestada en testamento es modo de deferir la sucesión, como hacen todos los Códigos, sino que la ha declarado de orden preferente á la llamada sucesión legítima, si bien los términos en que lo hace pudieran dar lugar á error, pues al decir que *á falta de testamento* se defiende por disposición de la ley, puede creerse que solo cuando no hay testamento es cuando entra la ley á disponer lo que ha de hacerse, lo cual no es cierto; porque la sucesión llamada legítima tiene lugar aun en casos en que hay testamento, como sucede cuando este es nulo ó ha perdido su validez; cuando no contiene institución de heredero en todo ó en parte de los bienes, ó no dispone de todos los que corresponden al testador, en cuyo caso se abre la sucesión legítima para aquellos bienes de que no hubiese dispuesto; cuando se falta á la condición puesta á la institución de heredero, ó éste muere antes que el testador, ó repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer; y, por último, cuando el heredero instituido es incapaz de suceder.

Facultades que confiere el derecho hereditario.—En primer término hemos de advertir que enunciamos este párrafo con el nombre expresado, y no decimos *facultades que confiere la sucesión hereditaria*, porque aquí lo que se trata de estudiar no es ya hasta dónde alcanza esa sustitución que la sucesión supone, sino que lo que aquí importa considerar después de conocida la materia á que la sucesión hereditaria se extiende, son las facultades ó atribuciones que al sujeto sucesor competen en aquellas cosas en que por causa de muerte sucede, que es lo que propiamente se llama *derecho hereditario*. Y se llama así, precisamente, porque determina ciertas facultades en favor de la persona que es llamada á la sucesión hereditaria, á la cual se dá el nombre de heredero.

Como el heredero se subroga en la personalidad jurídica del finado, cuyos eran los bienes hereditarios y también las obligaciones, podemos decir en tésis general, que le corresponden los mismos derechos que éste tuviera, y se verá obligado á cumplir las mismas obligaciones que sobre él pesaran, exceptuando aquellos que fueran personalísimos de quien causa la herencia.

Conforme con este principio, el heredero podrá pedir la entrega de cuanto forma el haber hereditario; ejercer sobre cada una de las cosas que eran propias del finado los derechos dominicales que á éste correspondían, pudiendo reclamarlas de terceras personas; pedir el cumplimiento de todas las obligaciones que á su favor tuviera el causante de la herencia, así como cumplir por su parte las que éste hubiera contraído en favor de terceros.

Acciones que competen al heredero para hacer efectivo el derecho hereditario.—En primer lugar, la ley concede al heredero la llamada acción de *petición de herencia*; acción que corresponde lo mismo al heredero testamentario que al legítimo, para que se le declare ó reconozca como tal heredero y se le entreguen los bienes todos de la testamentaría ó abintestato, y se dá contra cualquiera que posea la herencia ó parte de ella como heredero ó en simple posesión, sin verdadero título. Y decimos este, porque fácilmente puede suceder que otro que el verdadero heredero esté en posesión de la herencia, ya en virtud de un testamento que fué declarado nulo en todo ó derogado por otro posterior, ya porque no existiendo testamento, ó creyendo que no existía, un tercero se hubiese apoderado de los bienes creyéndose el pariente más próximo, y luego se presentara el heredero testamentario, ó que otro era el más próximo pariente, con cuyo título reclama la herencia: y se comprende también el caso de mera ó simple posesión, porque también es posible que un tercero se hubiese apoderado de una herencia respecto de la cual no tuviese derecho alguno que pudiera fundarse en el título de testamento, ni en el del parentesco, en caso de abintestato.

Aceptando la doctrina establecida por la Jurisprudencia, hay que exceptuar de las personas contra quienes puede darse la acción de petición de herencia al poseedor á título singular, porque el título particular de dominio sobre determinada cosa, es más eficaz que el universal de herencia, por cuya razón el heredero que entabla la acción de petición de esta, no podrá vencer al que posea cosas determinadas por título singular, como sucedería al comprador, permutante, etc. Pero como tampoco debe privársele de medios para que pueda reclamar contra

el poseedor á título singular, si este es injusto, la ley le concede en este caso la acción *reivindicatoria*, *publiciana*, y cualquiera otra que el finado hubiera podido ejercitar; pero necesitará obtener antes la cualidad de heredero, y podrá conseguir después, mediante estas acciones, cosas que por la general de petición de herencia no podría alcanzar. Habrá que probar que tal derecho correspondía al finado.

En la prueba de la acción de petición de herencia habrá que justificar el fallecimiento del causante, la condición de heredero, ora presentando el mismo testamento ó copia de él en los casos en que esto no sea posible, ora por medio de la correspondiente declaración judicial cuando la sucesión es abintestato, declaración que se obtendrá en la forma que marca el art. 977 y siguientes, de la Ley de Enjuiciamiento civil, y la posesión en que el causante estaba de aquellas cosas que se reclaman como hereditarias ó pertenecientes á la herencia.

Para pedir el cumplimiento á terceros de las obligaciones que á su favor tuviera el causante de la herencia, corresponderán al heredero las mismas acciones que aquél pudiera entablar, dentro del término y en las condiciones que en las obligaciones se hubieran concertado: como así mismo cumplirá el heredero aquellas que su antecesor estuviera obligado á cumplir.

Se conceden también al heredero la acción de antiguo llamada queja de inoficioso testamento, y la de complemento de legítima: la primera tiene lugar cuando el heredero es forzoso y se ve preterido ó desheredado sin justa causa; la segunda es consecuencia lógica de haber admitido la ley los llamados herederos forzosos, por corresponderles una porción determinada en los bienes hereditarios, de la que el testador no puede disponer. Si éste traspasa esta limitación, el heredero tiene acción para reclamar aquello que constituye lo que propiamente hablando se llama su legítima. Por el ejercicio de la primera puede conseguirse la nulidad de la institución de heredero, quedando subsistentes las mandas y mejoras hechas en el mismo testamento, en cuanto no sean inoficiosas. Se exceptúa la preterición del viudo ó viuda, que aun cuando heredero forzoso también, no anula la institución,

quedando á salvo, no obstante, su derecho de usufructo, que el instituido heredero tendrá en todo caso que respetarle.

En los particulares que comprende este Capítulo, no tienen las llamadas legislaciones forales ninguna especialidad digna de mención, pues conforman sus doctrinas con las expuestas según el derecho común ó de Castilla, marcando más tarde la originalidad de sus leyes, que á tiempo estudiaremos, cuando en los siguientes Capítulos expliquemos lo concerniente á la testamentificación, tanto activa como pasiva.

DOCTRINA LEGAL

Art. 657. Los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.

Art. 658. La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, á falta de éste, por disposición de la ley.

La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima.

Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley.

Art. 659. La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte.

Art. 660. Llámase heredero al que sucede á título universal, y legatario al que sucede á título particular.

Art. 661. Los herederos suceden al difunto, por el hecho solo de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones.

APLICACION PRACTICA

Desde la muerte del testador adquiere toda su eficacia el testamento, y con él el usufructo de todos los bienes dejados á personas determinadas con facultad de disponer de ellos, si los necesitasen; lo cual no obsta, si no llega esta eventualidad, para que el dominio pase directamente, sin ninguna clase de sustitución, á los herederos propietarios, pues la naturaleza de la institución no se altera por aquella facultad concedida á los usufructuarios, y en semejante caso dichos herederos, en virtud del fallecimiento del testador, adquieren derecho perfecto á los bienes que le pertenecían, derecho que, aunque mueran antes que el usufructuario, transmiten á sus herederos. (Sent. de 22 de Marzo de 1890).



CAPITULO V

De la sucesión testamentaria



L hacer el estudio de los modos de constituirse el derecho hereditario; esto es, los medios porque la sucesión se defiere, comenzamos por la sucesión testamentaria, no por haber sido esta en el orden de aparición la primera, pues como tendremos ocasión de observar, le precedió la legítima ó abintestato, sino porque es á la que se concede eficacia en primer término, hasta el punto de poder decir que la sucesión legítima no es más que supletoria de la testamentaria. Lo primero á que se atiende es á la voluntad del hombre manifestada en testamento; la cual voluntad, si está expresada en términos legales, viene á ser una ley de imperioso cumplimiento. Cuando esa voluntad falta, ó no puede cumplirse por las causas que más adelante diremos, viene la ley á determinar lo que ha de hacerse en el orden sucesorio.

Concepto de la sucesión testamentaria.—Decimos en el Capítulo anterior, que son dos los modos por los que se defiere la sucesión hereditaria; esto es, que el llamamiento á la sustitución de una personalidad jurídica, por fallecimiento, puede ser de dos formas: ó por voluntad de la persona á quien se sucede, manifes-

tada en testamento, ó por disposición de la ley: la primera se llama sucesión testamentaria, y la segunda legítima.

Con este precedente, y recordando el concepto que en su lugar dimos de la *sucesión hereditaria* en general, tenemos los datos necesarios para formar el de la sucesión testamentaria, pudiendo decir que esta es: *sustitución por fallecimiento, de una personalidad jurídica por otra, á cuya representación es llamada ésta por expresa voluntad de aquella.*

Fundamento de la sucesión testamentaria.—No siendo la sucesión testamentaria sino una forma de la sucesión hereditaria en general, claro es que la alegación de que se funda en el Derecho natural y no es creación de la Ley civil, puede defenderse por las mismas razones en aquel lugar expuestas, de innecesaria repetición en este. Pero como aquí lo que nos toca estudiar es, si debe ó no concedérsele al hombre la facultad de disponer de sus bienes para después de su muerte, tócanos examinar ahora las especiales en que se funda la llamada facultad de testar; ó sea, las razones justificativas de esa atribución que al hombre se le concede sobre los bienes de su propiedad, para que disponga de ellos, habiendo de producir sus efectos este acto de transmisión después de fallecido el transmitente; y como es atribución que ha pretendido negarse, habremos de indicar los argumentos empleados por unos y otros.

Los que niegan todo fundamento de razón á la facultad de testar, dicen que la Ley natural manda á los padres alimentar á sus hijos, pero no les obliga á hacerles sus herederos, y que la partición de los bienes, las leyes á ella relativas, las sucesiones por razón de muerte, todo esto, no puede ser regulado por la sociedad, ni, por consecuencia, por las leyes políticas ó civiles. Influido por esta doctrina Mirabeau, llegó á considerar los testamentos como producto del capricho de los testadores, hechos sin conciencia, y contrarios á los más naturales sentimientos del corazón. «Cuantos actos, dice el citado escritor, significados por los muertos á los vivos, en que la locura parece luchar con la pasión, y en los cuales el testador ordena tal disposición de su fortuna, que no hubiera osado confiarla en vida á ninguna per-

sona; disposición, en una palabra, que para permitirla, ha sido menester que el testador se desprenda completamente de su memoria, ó que haya pensado que el sepulcro sería su abrigo contra el ridículo y las censuras».

Algunos, como Guillermo Leibnitz, al investigar la razón filosófica de la facultad de testar, pretenden enlazar el origen natural de la sucesión testamentaria con la inmortalidad del alma; diciendo, que como los difuntos viven en el otro mundo, pueden ejercitar todavía su derecho de propiedad por medio del heredero testamentario: esa misma inmortalidad es para ellos el fundamento de la facultad de testar.

Thiers funda la sucesión testamentaria en el derecho racional; pero desacierta al compararla con la donación, sobre todo con la llamada *inter-vivos*, porque en esta el donante se desprende actualmente del dominio, que es transmitido al donatario; en tanto que el testador lo conserva mientras vive, quedando como en suspenso el efecto de su voluntad, hasta después de su muerte.

Hay quien por solo el especial respeto que inspiran las últimas palabras de un moribundo, ha querido explicar la sucesión testamentaria; así dice Lerminier: «Hay en la voluntad de un testador, en la intención que expresa en sus últimos momentos, en las palabras que recogemos de su boca expirante, en lo que nos manda y en lo que nos lega, un elocuente testimonio dado por la familia y la sociedad, de que no morimos completamente, que debemos dejar un testamento, no para embarazar la marcha y el destino de los que nos sobrevivan, sino para imponernos un poco á su memoria. La sociedad, siempre fuerte, pero siempre moral, no podría querer precipitar su marcha conculcando las más tier- nas creencias del hombre y de la humanidad. Si la legislación impide al testador disponer de su voluntad y de sus bienes en cierta medida, le degrada violando el respeto debido á los recuerdos de que él y los suyos se encantan y consuelan.»

Para los más, es la facultad de testar una consecuencia natural del carácter de perpetuidad atribuido á la propiedad; propiedad que no sería completa sin este preciso corolario: poder disponer de ella para después de la muerte.

Hay quienes sin entrar á investigar el origen y fundamento de esta facultad, la impugnan por los males que á juicio suyo produce, pues dicen que fomenta la ociosidad y que es causa de las desigualdades sociales, por cuyos inconvenientes prácticos debe suprimirse.

Ambas observaciones son inaceptables, por la falsedad que envuelven; siendo más defendible la afirmación de que estimula al trabajo, para el cual sirve de aliciente la esperanza de que no otra que la persona de nuestro afecto va á aprovecharse del producto de nuestra laboriosidad; pudiendo asegurar, por otra parte, que no es la causa productora de las desigualdades sociales, sino que estas son necesaria consecuencia de la diversidad de aptitudes y diferencias accidentales que entre los hombres se dan.

Se ha combatido también la facultad de testar por el abuso que de ella puede hacerse, y de hecho se hace en algún caso; pero esto nada prueba en contrario de la facultad misma, en cuyo ejercicio es necesario reconocer que puede abusarse, dado que no siempre el hombre se acomoda en su obrar á aquello que mandado le está por deber moral ó legal. Bentham dice en este punto: «No cabe duda que del testamento puede hacerse mal uso; pero felizmente, cuando esto acontece, es por excepción. Las pasiones pueden ocasionar extravíos accidentales; pero la ley debe guiarse por el curso ordinario de las cosas. La virtud es el fondo dominante de la sociedad; se ven padres corrompidos que se muestran tan celosos como los que más de la honradez y reputación de sus hijos, etc.»

Los abusos creemos nosotros que pueden evitarse dictando para el caso una prudente legislación.

Para nosotros, la opinión más aceptable en este punto es la de los que sostienen que la facultad de testar es una derivación del derecho de propiedad, fundándose por ello en la ley jurídico-racional, que autoriza á todos los hombres el ejercicio de aquellos actos que sirven para cumplir sus deberes; deberes que muy bien pueden cumplirse en muchos casos (y en alguno será medio necesario para ello), mediante el ejercicio de esa facultad; de

aquí que esta halle su fundamento en la ley dicha: sin que tenga valor en contra la objeción de que es un contrasentido atender y cumplir una voluntad cuando ya no existe; porque esa voluntad de cuyo cumplimiento se trata, fué expresada cuando el sujeto vivía en perfecto estado de facultades mentales y en el pleno goce de sus derechos (1).

Pensando de esta misma suerte dice Troplong, que aun faltando la necesidad de cumplir un deber, la misma ley jurídico-racional, que sanciona la libertad de adquirir bienes, autoriza su transmisión por testamento. Y en efecto, la libertad, origen de la adquisición de la propiedad, tiende naturalmente á darle un destino futuro, porque como facultad del espíritu abraza lo presente y lo porvenir. Ni cabe imaginar que autorizando la ley jurídico-racional á la libertad para que adquiriera bienes, no autorice luego su complemento, esto es, su destino final. Pues entre los varios modos por los cuales la propiedad puede recibir un destino futuro, ocupa el primer lugar el testamento. A la manera, pues, que la propiedad es el triunfo de la libertad humana sobre la materia, el testamento es finalidad racional de aquel triunfo. Por eso la libertad y la facultad jurídica de testar siguieron siempre la misma suerte: entrambas fueron al mismo tiempo respetadas ó destruidas.

Precedentes históricos de la facultad de testar.—Si el derecho de disponer de los bienes para después de la muerte no reconociera como fundamento el antes indicado, y tuviera en su justificación las razones dichas, habría que explicárselo siempre como de un origen anterior al de la Ley positiva, porque no de otro modo se comprende su universalidad y permanencia en las legislaciones, pues no puede negarse que todos los pueblos civilizados han admitido en sus leyes esta facultad, siquiera en los orígenes de su vida, y hasta tanto que adquirieron cierto grado de cultura y fijaron el concepto de la propiedad, no estuviera perfectamen-

(1) Si de otra suerte sucediera podría ser declarado nulo el testamento por falta de capacidad en el sujeto, según más adelante veremos.

te reglamentada, ó no se conociera, existiendo solo la sucesión llamada legítima, que fué sin duda alguna la primera en el orden cronológico.

Sabido es cómo el Derecho romano contenía entre sus preceptos gran número de ellos dedicados al estudio de lo que llegó á ser en aquel pueblo una de las más importantes instituciones: el testamento. Y hasta tal punto fué grande su importancia, que la facultad de hacerlo se concedió en un principio á muy contadas personas; porque el derecho de testar procedía de la ciudadanía, y lo mismo que las nupcias, la patria potestad y la contratación, solo se concedía al ciudadano romano. La significación del acto hizo en la primera época, de las tres que en el Derecho romano pueden señalarse en este punto, que el testamento se hiciera en forma de ley en la asamblea de los Comicios, y en su caso ante el ejército equipado y sobre las armas, *in procinctu*, pues para variar el orden de sucesión que el Derecho establecía, era necesaria una disposición legal que derogase dicho orden, lo cual había de hacerse de una manera solemne, por el carácter y gran interés civil, político y religioso que la designación de heredero tenía. Pero estas formas de testar presentaban no pequeños inconvenientes; porque como los Comicios no se reunían más que dos veces al año y el testamento *in procinctu* no podía otorgarse en tiempo de paz, resultaba que en muchas ocasiones se hacía imposible testar, y por eso la práctica introdujo el testamento llamado *per aes et libram*, haciendo marcar una segunda época. En este testamento se simulaba la venta de la herencia al que iba á ser heredero, reservándose el testador el usufructo; acto que se verificaba en presencia de cinco testigos y un porta-balanzas, *libripens*.

Estas tres formas dichas de testar, fueron establecidas por el Derecho civil, habiéndose establecido después otra por el Derecho pretorio, que no exigía ninguna emancipación y sí solo la inscripción de los sellos de siete testigos; y, por último, se determinó, dada la consonancia que entre ambos derechos introdujeron las costumbres y las Constituciones imperiales, que el testamento se hiciese en uno y el mismo acto, presentes siete testi-

gos, con la firma de éstos y la inscripción de su sello; dando lugar al testamento *tripartito*. La presencia de siete testigos individualmente rogados y la unidad de acto, es formalidad derivada del Derecho civil; las firmas del testador y de los testigos, de las Constituciones; imposición del sello de los testigos en la cubierta del testamento, del Derecho pretorio. Esta clase de testamento inaugura, por decirlo así, la tercera y última época de las que hemos dicho pueden distinguirse en el Derecho romano sobre la forma de testar.

El Fuero Juzgo no dedica ninguno de sus títulos á hablar en especial del testamento; sin que por esto hayamos de decir que no fué institución por los Visigodos conocida, pues en dicho Código hay algunas leyes dedicadas al estudio *de las mandas de los muertos*, pudiendo asegurar después de su lectura, que este cuerpo legal no regateó las formas de testamentificación, teniendo por válido el testamento hecho en cualquiera de las cuatro formas siguientes: 1^a por escrito firmado por mano del que lo hizo ó por los testigos; 2^a por los testigos, si aquél no firmaba; 3^a el otorgado por una persona que no supiese escribir, en cuyo caso bastaba que otra lo escribiese y firmase por ella; 4^a el que se hacía oralmente ante testigos, sin escribir nada. Los testamentos de la primera y segunda clase exigían, como requisito especial para su validez, ser presentados al Obispo dentro de seis meses, jurando los testigos presentes cuando el testador lo selló, que aquél cuya era la manda hizo aquella señal. El de la clase tercera requería así mismo para su validez, la presentación ante el Obispo dentro de igual plazo de seis meses, jurando el que lo escribió y los testigos que la manda no contenía ningún engaño, sino que lo había hecho con estricta observancia de lo mandado por el testador que encargó se lo escribiera. Por último, cuando se había hecho el testamento ante testigos sin escribir nada, era preciso que aquellos mismos testigos jurasen ante el Juez, dentro de seis meses, lo contenido en la manda y que habían sido rogados para ser testigos en aquel acto, ratificando el juramento con su firma y la de otros testigos.

Si precepto de derecho escrito no, por lo menos como costumbre existía en el pueblo Visigodo la de dar á los testigos por su trabajo la vigésima parte de los dineros del muerto, fuera de los títulos de créditos y de los libros, que debían reservarse para los herederos.

El Fuero Real estudia las formas de testar en una de sus leyes, que es la I, tít. 5º, lib. III, que dice: «Todo home que ficie-re su manda quier seyendo sano, quier enfermo, fágalo por escripto de mano de los escribanos ó de alguno dellos que sean públicos, ó por otro escribano en que ponga su sello conocido: que sea de creer, ó por buenas testimonias, la manda que fuere fecha en cualquiera destas quatro guisas, vala por todo tiempo, si aquel que la fizo no la desficiere.»

El famoso Código de las Partidas no se olvidó tampoco del estudio de institución tan importante y universal como el testamento, y haciendo renacer en parte la doctrina romana, y en parte formulando reglas nuevas, prestó gran atención á esta materia, demostrando, como dice el señor Gutiérrez y Fernández, que don Alfonso el Sabio tuvo la más alta idea de la testamentificación. Recomendó la mayor prudencia para hacer el testamento, diciendo: «Es una de las cosas del mundo, en que mas deben los omes aver cordura cuando lo facen; por dos razones. La una, porque en ellos muestran cual es la postrimera voluntad. E la otra, porque despues que los han fecho, si se murieren, non pueden tornar otra vez á enderezarlos, nin á facerlos de cabo».

No hacemos explicación en este lugar de las formas que para testar admitía el Código de referencia, y formalidades que en cada caso exigía, porque entendemos que es más oportuno hacerlo cuando en concreto estudiemos cada una de las clases de testamento que reconoce la legalidad vigente, ya que muchos de ellos, sino todos, tienen su precedente en esta legislación de los tiempos medios.

Para no hacer más extensa esta indicación histórica, que tendrá su completo desarrollo cuando en cada clase de testa-

mento señalemos sus precedentes legales, según antes decimos, concluiremos haciendo en este lugar la afirmación de que, cuantas leyes se dieron con posterioridad á las indicadas, estudiaron el testamento y sus varias formas, introduciendo reformas en el sentido de facilitar la testamentifacción, proscribiendo algunos requisitos, y simplificando cuanto era posible simplificar para no dejar desprovista de garantías la eficacia y cumplimiento de la voluntad del testador. En este sentido se distinguió muy especialmente el Ordenamiento de Alcalá, cuya Ley única del título 19, será siempre de imperecedero recuerdo, por haber derogado principios que tanto contrariaban en la práctica; dejando en libertad para instituir ó no heredero, y para disponer del todo ó parte de los bienes. Disposiciones que después fueron admitidas en la Nueva y Novísima Recopilación, y modernamente sancionadas por el Código Civil, obedeciendo á lo mandado en la base 15 de la Ley de 11 de Mayo de 1888; pues en ella se ordenó, que esos principios referidos y otras disposiciones en relación con ellos, á la sazón vigentes, habían de mantenerse en su esencia; sin duda por considerar que con la depuración hasta aquella fecha hecha de los antiguos principios, si tradicionales no genuinamente propios de nuestro Derecho, habíamos llegado ya en la época referida, á tener un cuerpo de doctrina conforme con las costumbres y necesidades de la sociedad presente, en nada distintas, bajo este respecto, de aquellas á que respondían las leyes del Ordenamiento de Alcalá y posteriores.

Concepto del testamento.—Conocida por las anteriores indicaciones lo que es y significa la sucesión testamentaria, así como también cuál es su fundamento y desenvolvimiento en la historia de nuestra Legislación, cúmplenos ahora examinarla según los principios del Derecho vigente, y al efecto comenzaremos por fijar el concepto de lo que es el testamento, medio por el cual se defiende la sucesión, al decir de la misma ley.

Muchos y muy diferentes entre sí son los conceptos que del testamento se han dado, lo mismo por los tratadistas que por las leyes, y en la imposibilidad de recordarlos todos, vamos á indicar algunos, para después señalar el que en opinión nuestra es

más aceptable, por conformarse más con lo que en sí es y representa ese modo de nombrarse sucesor aquél que despidiéndose de esta vida, quiere dejar en ella un continuador de su personalidad, satisfaciendo en algo de este modo la natural tendencia á la inmortalidad.

Para Modestino el testamento era: *voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*. Concepto que conformaba con lo que en la sociedad romana significaba el testamento, que era una institución pública tanto como privada, por lo que en él podía hacerse y lo que por este medio se transmitía, que no era solo el patrimonio familiar, sino el poder del sacerdocio y los ritos del hogar doméstico.

Don Alfonso el Sabio dice en la Ley I, tít. 1º, Partida VI, que la palabra testamento es latina, compuesta de *testatio et mens*, que juntas quieren decir, testimonio de la voluntad del hombre; y definiendo el testamento añade: «Ca en él, é se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo face; estableciendo en el su heredero, é departiendo lo suyo en aquella manera, que él tiene por bien que finque lo suyo despues de muerte.....»

Nuestro proyecto de Código Civil de 1851, definía el testamento: un acto solemne y esencialmente revocable, por el que dispone el hombre de todo ó parte de sus bienes para después de su muerte en favor de una ó más personas.

Este concepto, con ligeras variantes, ha sido el más comunmente seguido por los tratadistas: para los más no es el testamento otra cosa que la manifestación solemne de la voluntad del hombre sobre lo que quiere se haga de sus bienes después de su muerte. Así le define el Sr. García Goyena, diciendo que es: «la disposición en que manifiesta el otorgante su última voluntad, principalmente respecto de sus bienes y derechos, para que se cumpla después de su muerte».

El Sr. Morató define el testamento diciendo que es: «la solemne manifestación de nuestra voluntad, acerca de lo que queremos se haga después de nuestra muerte».

Esta definición, aunque no del todo aceptable, se separa menos que la anterior de lo que en verdad es el testamento; porque

ya no concreta su objeto á la materialidad de disponer de los bienes para después de la muerte, pues los términos generales que emplea hacen factible que el testamento tenga otra extensión y alcance.

Por ligera que sea la noción que se tenga de lo que en un testamento puede disponerse, y de hecho se dispone en muchos casos, se comprende que los conceptos expuestos del testamento son inaceptables; y mucho más lo es el formulado por el Código Civil en el art. 667, al decir que: *el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes ó de parte de ellos, se llama testamento*. Como se vé, para el legislador español no es el testamento ni siquiera lo que es y ha sido siempre para los tratadistas, *acto solemne y esencialmente revocable*, pues al definirle prescinde de asignarle estos caracteres, aunque en verdad después no se los niega, como tendremos ocasión de observar. De todos modos, es una idea tan pobre la que dá del testamento, que no podemos aceptarla: es éste concepto, como el que la generalidad de los tratadistas dan, demasiado incompleto, por limitado.

El testamento es, como elocuentemente dice D. Modesto Falcón, algo más que la disposición última de los bienes. Otros muchos intereses, que no son los intereses materiales, forman la importante materia de un testamento: última manifestación de una existencia que se despide de la vida; en el testamento hace el hombre las más graves revelaciones de su alma, sobre su fé religiosa, su estado, su matrimonio, su descendencia, su fortuna, sus deseos y sus sentimientos. Es el balance general que el hombre hace con su conciencia, pagando todas las deudas que hubiese contraído en su peregrinación sobre la tierra.

Profesiones religiosas, disposiciones piadosas, graves revelaciones sobre paternidad y filiación de hijos, confesión de deudas, guarda y custodia de los hijos, fundación de obras pías, pública manifestación de secretos, los más íntimos de una familia y otras muchas más disposiciones importantísimas, materia propia son de un testamento, dice con verdad el mencionado escritor de Derecho civil; y sin embargo, nada se dispone en muchas de ellas so-

bre el destino futuro de los bienes de fortuna. Por estas razones, es para él el testamento, «la manifestación solemne de la última voluntad del hombre, en que decide sobre los asuntos más importantes de la familia y dispone de los bienes para después de la vida».

A juicio nuestro, esta es la definición más completa que del testamento han dado los tratadistas, si bien no nos parece del todo exacta, por no asignársele en ella al testamento los caracteres esenciales que este presenta, y por demasiado comprensiva al decir, *en que se decide sobre los asuntos más importantes de la familia*, porque no todo lo más importante en las relaciones familiares puede resolverse sobre ello en el testamento, porque hay cosas y asuntos en la familia, cuyo arreglo no depende solo, ni siquiera principalmente, de la voluntad del testador.

Por estas consideraciones conceptuamos nosotros que el testamento es: *la manifestación solemne y esencialmente revocable de la postrera voluntad del hombre, por cuyo modo designa un continuador en la propiedad de sus bienes y para el cumplimiento de sus obligaciones transferibles, al propio tiempo que decide sobre otros asuntos importantes de familia.*

Así expresada la idea del testamento, creemos comprender en su concepto cuantos caracteres le son propios, al mismo tiempo que indicamos lo que por su finalidad es y lo que en él puede hacerse: lo primero, al decir que es manifestación solemne y esencialmente revocable; lo segundo, al expresar que es manera de nombrarse un continuador que en los bienes y en las obligaciones le represente, pues sabido es que el heredero sucede en una y otra cosa; y lo tercero, indicando que no solo puede disponerse en él de los bienes, sino que también puede decidirse sobre otros asuntos de familia, como es el nombramiento de tutores, reconocimiento de hijos, etc.

De la capacidad para testar.—Aunque por medio del testamento puede disponerse, entre otras cosas, de los bienes de fortuna, no es la misma la capacidad exigida en el sujeto para testar, que la que se exige para los demás actos traslativos de dominio; siendo la razón que esto explica, ese deseo en el legislador,

á que antes aludíamos, de facilitar en lo posible el modo de que el hombre haga esa última manifestación de su voluntad al despedirse de la vida. Y quizá esa misma consideración de que no solo sirve el testamento para dar destino último á los bienes materiales, haya sido una de las que los autores de nuestro Código han tenido presentes para declarar capacitado por razón de edad, á quien no lo es para otros actos.

La Ley positiva, al ocuparse de señalar la capacidad para hacer testamento, emplea, por decirlo así, un doble procedimiento, comenzando por formular un principio general, bien que demasiado vago, para decirnos quiénes pueden testar, señalando á continuación de una manera taxativa y concreta quiénes están incapacitados para hacerlo. Ese principio general á que nos referimos es el contenido en el art. 662 del Código Civil, que dice así: «Pueden testar todos aquellos á quienes la ley no lo prohíbe expresamente»; principio que es el mismo establecido por las leyes de Partidas cuando dicen: *Todos aquellos á quien non es defendido por las leyes, pueden facer testamento.*

Como esto equivale á no decir nada en concreto, sin duda conociólo así el legislador, y en el art. 663 nos dice claramente cuáles son las causas de incapacidad, comprendiendo entre estas dos solamente, que son: menor edad de catorce años, y falta de cabal juicio, por modo habitual ó accidental. El precepto de referencia dice: «Están incapacitados para testar:

1º Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

2º El que habitual ó accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.»

Bien pudiéramos decir que la ley en este punto no hace más que formular un principio general y una excepción; cual es el primero, que pueden testar los mayores de catorce años de uno y otro sexo, y la segunda, que solo se prohíbe á los que pasando de esta edad no se hallan en su cabal juicio, ora de una manera habitual, ora accidentalmente, en el momento mismo en que otorgan su disposición testamentaria. Así viene á confirmarlo la misma ley, puesto que la falta de cabal juicio no arguye en todo caso incapacidad, sino cuando esta circunstancia coincide

con el momento mismo de hacer el testamento; por eso declara válido el hecho antes de la enajenación mental; y aun el otorgado en intervalo lúcido, bien que en este caso hayan de cumplirse formalidades especiales que más adelante estudiaremos. Todo ello consecuencia de declarar en el art. 666, que: «para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento».

Precedentes históricos acerca de la capacidad para testar. —Si la facultad de disponer de los bienes y arreglar otros asuntos de familia para después de la muerte ha sido admitida en todos los tiempos por los pueblos civilizados, no en todas las legislaciones se han exigido iguales condiciones para declarar capacidad al efecto. Uno y otro fenómeno tienen una racional y sencilla explicación: lo primero ha sucedido por ser el derecho de testar emanación del mismo Derecho natural; lo segundo, por ser cuestión propia del Derecho positivo, variable según los tiempos y las necesidades y costumbres de cada época.

Para los romanos el derecho de testar era, como antes indicamos, procedente de la ciudadanía, y por eso se concedió á muy contadas personas, en un principio: la capacidad la daba el ser ciudadano romano, y por eso no le estaba concedida ni al esclavo, ni al extranjero, ni al hijo de familia; porque el primero carecía de personalidad, el segundo era extraño á la vida de Roma, y el tercero no tenía capacidad jurídica.

En nuestros Códigos antiguos la capacidad para testar se regía por principios más equitativos: fundaron la facultad de hacer testamento en el principio de la libertad personal, y sólo exigían edad reflexiva y sano juicio para su ejercicio. Pero si el principio era este, existía todavía por resolver la cuestión de á qué edad ó estado de la vida debía entenderse que existía reflexión y sano juicio; y de aquí nacieron accidentales discrepancias. Así vemos, que el Fuero Juzgo señalaba la edad de catorce años, como regla general, para declarar la capacidad de testar, concediéndola á los de diez años cumplidos, sólo en el caso de enfermedad; si bien el testamento hecho por persona de esta edad, valía solo en el caso de que muriera de aquella enferme-

dad: en otro caso era necesario que el testador confirmara el testamento así hecho, al cumplir los catorce años.

Prohibíase por aquella Legislación hacer testamento á los dementes; prohibición que no era absoluta, por cuanto podrían hacerlo en un momento de lucidez.

Todo esto se explica perfectamente en la Ley X, tít. 5º del libro II del mencionado Código, que dice: «Los ninnos que son menores de XIII años, si quisieren facer manda de sus cosas, non le puedan facer, fueras ende si fuere por enfermedad ó por miedo de muerte. E si por ventura esta coyta ovieren de X años adelantree pueda cada uno dellos mandar de sus cosas lo que quisiere. E si despues combrar de la enfermedad, quanto mandaron non debe valer, fueras ende si por ventura tornaren en enfermedad, é lo otorgaren de cabo, ó si ovieren despues cumplido XIII años. E los ninnos ó los viejos que son fechos locos, é que non an nenguna sanidad en nenguna ora, nin pueden ser testimonios, ni maguer fagan manda, non debe valer. Mas si en alguna ora ovieren sanidad, lo que ficieren en aquel tiempo de sus cosas debe ser establescido».

Los cuerpos legales posteriores al Fuero Juzgo y anteriores á las Partidas aceptaron en el fondo esta doctrina, si bien el Fuero Real no hace excepción para ningún caso del tipo de los catorce años, que es el que los comentaristas han interpretado que exige. En cambio excluye á los reos condenados á la última pena, á los cuales niega capacidad para disponer de sus bienes, y á los herejes, religiosos y clérigos, de las cosas de la Iglesia.

Las Leyes de Partida fijaron también la edad de catorce años para poder hacer testamento; pero como en materia de capacidad para testar copiaron en gran parte la doctrina de las leyes romanas, no concedían testar por la edad dicha más que á aquél que no estuviera bajo la patria potestad de otro, no pudiendo por ello hacer testamento el hijo de familia constituido en patria potestad..... *El fijo que está en poder de su padre, maguer el padre gelo otorgase.* Exceptuábase de este caso los caballeros y letrados (clase militar y togada), los cuales podían

disponer por testamento de los bienes que formaban el *peculio castrense* y *cuasi-castrense*.

Otras incapacidades, además de la falta de edad y estar constituido en patria potestad, estadiaba la legislación de referencia, tales como la de los locos y dementes, salvo si lo hicieran en un momento lúcido; la de los pródigos; la del sordo y mudo de nacimiento, ó que siéndolo por causa de enfermedad posterior, no supiese escribir, á no ser que el Rey le concediese que otro la escribiera por él, la de los religiosos profesos de uno y otro sexo y la de los Arzobispos y Obispos, respecto de los bienes que no eran de su peculio propio.

Estos principios que en su mayor parte tomaron las Partidas del Derecho romano, se vieron modificados por las leyes posteriores, por las cuales, si bien de una manera lenta, se fué formando un cuerpo de doctrina genuinamente patria en lo más; y no decimos en absoluto, porque algunos de aquellos principios, especialmente el que marca la edad de los catorce años para poder testar, se conservaron por aquellas leyes, llegando á ser sancionados por el Derecho novísimo.

Entre esas leyes á que aludimos, las que más modificaciones introdujeron en el punto que estudiamos, fueron las llamadas de Toro, las cuales proclamaron el principio de que siendo de edad legítima se pudiera testar, aun estando sometido á patria potestad: así lo dice la Ley V de Toro, influida de un gran espíritu de reacción contra las doctrinas romanas.

Pero el deseo que los legisladores de Toro tuvieron de facilitar la testamentifacción, no les condujo hasta el extremo ciego de concederla á toda persona: comprendieron, sin duda, que tan peligroso era esto como dejar subsistentes todas las prohibiciones que en su tiempo hallaron establecidas, y exigieron, como no podían menos de exigir, *sano juicio* en el testador: por presumir que no lo tenían suficientemente desarrollado los impúberos, y por haberlo perdido los dementes, quedó para ellos prohibida la testamentifacción activa; concediéndola á estos últimos solo en el caso de practicarla en estado de probada lucidez.

Aquella prohibición de testar que para los condenados á la

última pena establecía el Fuero Real, fué también objeto de especial derogación por las Leyes de Toro: de ello se ocupó la señalada con el número IV, cuya disposición fué objeto de no pocas censuras. Así decía el gran civilista Sr. Gutierrez, que «en el terreno de la conveniencia pudiera controvertirse la utilidad de que un reo de muerte, como si fuese el más honrado de los propietarios, disponga de sus bienes para premiar tal vez injustas afecciones, en perjuicio de los herederos legítimos; sobre los que, mal que pese á la ley, hace recaer la opinión una pequeña parte de la mancha de su suplicio».

En cambio otros civilistas, como el Sr. Falcón, dicen: que disposiciones tan levantadas como la Ley IV de Toro, no se miden por el estrecho criterio de la utilidad. Esta ley—sigue diciendo el citado tratadista—está inspirada en sentimientos más elevados que el mezquino interés de la utilidad. La pena es personal, como personal, personalísima, es toda responsabilidad criminal. La opinión que infamaba en otros tiempos á los desgraciados descendientes de un reo, era una opinión hija de preocupaciones tan absurdas como bárbaras, que la civilización, ni consiente ni puede tolerar. No había por consiguiente razón ni justicia para castigar en una inocente descendencia las culpas de un padre criminal, privando á éste de la facultad de testar, y apoderándose el Estado de todos sus bienes por medio de la confiscación. Leyes como la IV de Toro, serán siempre un legítimo título de gloria para el legislador que las dictó.

Para concluir estas indicaciones históricas referentes á la capacidad para testar, diremos: que aun en los tiempos presentes no ha sido uniforme ni constante el criterio adoptado por el legislador acerca del particular. Dígalo si no el juicio comparativo entre la primera edición del Código y la hoy vigente por reforma: en la primera se establecían las incapacidades de ser menor de catorce años ó ser religioso profeso de Orden reconocida por las leyes del Reino, ó no hallarse en cabal juicio, habitual ó accidentalmente; y en la edición reformada ya no aparecen como tales causas de incapacidad más que la primera y tercera de las indicadas.

¿A qué ha obedecido cambio tan grande en tan brevísimo plazo como medió entre una y otra edición de la nueva Ley civil? Por nosotros contesta la Sección de lo civil de la Comisión general de Codificación, en la exposición dirigida al Ministro de Gracia y Justicia, cuando en cumplimiento de la Ley de 26 de Mayo de 1889, fué reformado el Código: al explicar dicha Comisión las enmiendas y adiciones que á su juicio merecía la primera edición, según el resultado de la discusión habida en los Cuerpos Colegisladores, dice, entre otras cosas: «Por no apartarse la Sección de nuestro antiguo Derecho, había aceptado la prohibición de heredar y de hacer testamento impuesto á los religiosos ligados con votos solemnes de pobreza en las Ordenes monásticas. El derecho canónico las había privado de la facultad de poseer, aunque no de la de adquirir, disponiendo que lo que adquiriesen lo transfirieran á los Monasterios. La ley civil, ya para reforzar la observancia de este precepto, ya para contener en parte los progresos de la amortización de los bienes raíces, privó á los religiosos del derecho de adquirir lo que no debían retener y había necesariamente de pasar al dominio de las Comunidades respectivas. Pero esta prohibición suponía la absoluta capacidad de los Monasterios para adquirir y poseer bienes inmuebles. Así es que desde el momento en que las leyes civiles, no solo les privaron de esta facultad, sino que los suprimieron en su mayor parte, quedó sin efecto, de hecho, el precepto canónico y sin justificación suficiente las leyes que prohibían á los religiosos testar y adquirir bienes por testamento y abintestato. Por eso fueron derogadas más de una vez las prohibiciones antiguas, mientras prevalecieron en toda su crudeza las leyes desamortizadoras y las que negaron su reconocimiento á las Corporaciones religiosas.

Pero han cambiado, con provecho de todos, las relaciones entre el Estado y la Iglesia: las Ordenes monásticas han sido permitidas ó toleradas; y al punto ha surgido la duda de si, con ellas, debían estimarse restablecidas las antiguas incapacidades para testar y adquirir por sucesión y herencia. La Sección, como queda dicho, optó por la afirmativa, considerando que esta solución sería más conforme con el derecho canónico. Pero Obispos

respetables, que han levantado su voz en el Senado, y otros oradores insignes, pertenecientes á partidos diversos, y por diferentes y aun contradictorios motivos, han pedido la solución contraria, estimando que restituida la facultad de adquirir y poseer á las comunidades religiosas, se cumplirá en todos sus puntos el derecho canónico, y habrá la igualdad debida entre todos los ciudadanos, sin distinción de profesión y estado, de eclesiásticos y seglares. La Sección, prestando atento oído á estas consideraciones, y deseando marchar siempre de acuerdo con los dignos Prelados de la Iglesia, después de reconocer á los Monasterios el derecho de adquirir, ha suprimido entre las incapacidades para testar y para suceder, la de los religiosos ligados con votos solemnes.»

Después de esto, no quedan ya en nuestro Derecho civil vigente más incapacidades que las dos antes dichas: la de los menores de catorce años de uno y otro sexo, y la del que habitual ó accidentalmente no se hallare en su cabal juicio. Si bien debemos consignar aquí, que la edad de catorce años no habilita para otorgar toda clase de testamentos, porque como ya veremos en su lugar correspondiente, el testamento ológrafo solo podrá otorgarse por personas mayores de edad; esto es, mayores de veinte y tres años.

Los redactores de nuestro Derecho civil positivo, en la necesidad de marcar un tipo de edad para declarar la capacidad de testar, no han hecho más que consultar los precedentes patrios más comunmente admitidos en este punto, y de aquí que hayan fijado la edad de los catorce años, bien inferior, por cierto, á la exigida para los demás actos de la vida civil. Sin duda han creído que á la edad llamada de la pubertad adquiere el hombre ya el suficiente grado de desarrollo en sus facultades mentales para conocer la trascendencia del acto que al testar realiza, y para no andar con distinciones señalan una misma edad para ambos sexos, separándose del criterio seguido al hablar de la capacidad para contraer matrimonio.

Hay algunos autores que no encuentran justificado el hecho legal de que se exija mucha menos edad para disponer por tes-

tamento de los bienes, que para disponer por actos *inter-vivos*, y para explicar su extrañeza discurren de la manera siguiente: «Testar es disponer de los bienes, de modo que para testar debe exigirse aquella capacidad que sea necesaria para disponer de los bienes, no pudiendo en buena lógica admitirse una edad y una capacidad para disponer de los bienes por testamento y otras distintas para disponer de cualquier otro modo. Las diferencias entre el testamento y los contratos, no afectan poco ni mucho á la capacidad de los otorgantes. Podrán á lo sumo imponer modificaciones puramente formales, pero la capacidad, y por lo tanto la edad competente para otorgarlos, han de ser en buenos principios idénticas, ya que son idénticas la importancia de las disposiciones y la dificultad de conocer y apreciar su entidad y sus consecuencias».

Los que así discurren sólo tienen en cuenta que por medio del testamento se puede disponer de los bienes, y no se fijan en que este particular es quizá el menos importante de los que puede contener un testamento: este modo de discurrir arguye reminiscencia del concepto que de antiguo se ha venido teniendo del testamento, calificándolo de acto por el cual dispone el hombre de sus bienes para después de su muerte. Pero si se considera que el testamento es algo más que esto, que en él se resuelven, según tenemos dicho, otros varios asuntos de familia, de más entidad y significación que el hecho de disponer de los bienes materiales, se comprenderá con facilidad que la edad, y por ella la declaración de capacidad, no debe ser exigida en igual grado para que el hombre ordene su postrera voluntad, que para otorgar un contrato de compra y venta.

Con más razón ha podido argüirse, si á los catorce años tiene ó no el hombre, y lo mismo la mujer, el suficiente desarrollo mental para conocer las consecuencias del acto realizado al testar, porque no siendo la pubertad más que una manifestación de desarrollo físico, habría que averiguar si de igual modo se hallaban desarrolladas las facultades mentales, de cuyo principio hay que partir para conceder la capacidad para testar.

Legislación foral acerca de la capacidad para testar

Cataluña.—El derecho catalán concede capacidad para testar al llegar á la pubertad, teniendo cabal juicio. Pero este, que es principio general en la materia, presenta muchos casos de excepción, por las varias causas de incapacidad que la ley fija, como consecuencia de haber adoptado dicho territorio la legislación romana y de Partidas, y no haber seguido la doctrina de las Leyes de Toro. Por esta razón, los hijos de familia, sometidos á la potestad paterna, no pueden disponer por testamento más que de aquellos bienes que forman sus peculios *castrense* y *cuasi-castrense*, si siendo púberos no tienen otra incapacidad.

Además, están incapacitados para testar en Cataluña los locos, á no ser que lo hagan en intervalo lúcido: el declarado judicialmente pródigo; aunque hay quien sostiene que es válido el testamento de éste si lo hace á favor de causas pías: el que contrajo matrimonio incestuoso, á no ser que teste en favor de sus próximos parientes: el sordo-mudo, á no ser que pueda escribir: y, por último, hay quien sostiene que el condenado á pena capital está incapacitado para testar, por estar subsistente la legislación de Partidas que citaba esta causa de incapacidad, y no ser de aplicar á aquel territorio la Ley IV de Toro, que es la que abolió en el Derecho común dicha incapacidad.

Aragón.—La legislación aragonesa, de acuerdo en este punto con la de Castilla hoy vigente, declara capacitados para testar á los mayores de catorce años de uno y otro sexo, á no ser que por otra circunstancia tengan incapacidad.

Admite como causa de incapacidad la locura; pero el loco, ó el que de cualquiera manera carezca de razón, podrá otorgar testamento en un momento lúcido: no pueden tampoco testar el ciego, el sordo y el mudo, si no se hallan en condiciones de po-

der manifestar su voluntad de alguna manera que sea perfectamente inteligible.

El que pretenda que un testamento se declare nulo por ser loco el testador, habrá de probar este extremo, y como medio de prueba puede presentar el testimonio del Notario autorizante y testigos del mismo testamento, ó cualesquiera otros.

Navarra.—El Fuero de Navarra, y el Amejoramiento publicado después por el Rey D. Felipe, son los cuerpos legales que determinan las reglas de capacidad para testar en dicho territorio, señalando la edad de catorce años los varones y doce las hembras para poder hacer testamento. Es de advertir que este tipo de edad lo fijó el Amejoramiento, pues antes el Fuero concedía dicha capacidad á los siete años.

La legislación de Navarra señala como causas de incapacidad las siguientes: la locura, á no ser que el testamento fuese hecho en un momento lúcido: la imbecilidad y toda falta de inteligencia: la sordo-mudez, fuera del caso en que el sordo-mudo sepa y pueda escribir; y la prodigalidad, si es declarada en sentencia judicial.

Vizcaya.—El Fuero de Vizcaya pasa en silencio lo que se refiere á la capacidad para otorgar testamento, razón por la cual, y siendo el llamado Derecho común el supletorio en dicho territorio, cuanto hemos dicho en este punto al hablar del Derecho de Castilla puede darse aquí por repetido para Vizcaya; pues si se trata de un testamento anterior á la publicación del Código, se regirá la capacidad del testador por las reglas apuntadas en los precedentes históricos en su lugar expuestos, y si es de fecha posterior, le serán de aplicar los principios sobre el particular dictados por dicho Código.

DOCTRINA LEGAL

Art. 662. Pueden testar todos aquellos á quienes la ley no lo prohíbe expresamente.

Art. 663. Están incapacitados para testar:

1° Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

2° El que habitual ó accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

Art. 664. El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.

Art. 665. Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos Facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fé de su dictamen en el testamento, que suscribirán los Facultativos además de los testigos.

Art. 666. Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento.

Art. 667. El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes ó de parte de ellos, se llama testamento.

Art. 668. El testador puede disponer de sus bienes á título de herencia ó de legado.

En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha á título universal ó de herencia.

APLICACION PRACTICA

El estado de enajenación mental declarado por los Facultativos en el informe que el Notario les pide cuando un demente pretende hacer testamento en un intervalo lúcido, no es suficiente á declarar la incapacidad del testador y por ello la nulidad del testamento, pues para apreciar la capacidad del que pretende hacer testamento, no es preciso únicamente que el Notario designe dos Facultativos que le reconozcan, sino que pueden aducirse otras pruebas que la demuestren, decidiéndose, en vista de ellas, la cuestión litigiosa que se promueva. (Sent. de 7 de Junio de 1893).



CAPITULO VI

Indicación de las diversas clases de testamentos y estudio de las formalidades comunes á todas ellas



EN este Capítulo vamos á estudiar cuantos principios son comunes á las diversas clases de testamentos, y antes haremos la clasificación de estos, para facilitar su estudio cuanto sea posible.

Por más que otro lugar pudiéramos destinarles, haremos no obstante en este mismo Capítulo el estudio de los testamentos de mancomún y por comisario, ya que al hablar de las formalidades comunes á todas las formas de testar, es cuando el legislador consigna el precepto de su derogación.

I Clasificación de los testamentos.—Aun cuando el testamento como institución jurídica es *uno* en sí, porque *una* es la voluntad del hombre, que es lo que forma su contenido, son, sin embargo, tantos los modos ó formas de expresarse esa voluntad, que dan origen á otras tantas clases de testamentos; y como es conveniente, para la más fácil inteligencia, presentarlos agrupados en clases, de aquí que nosotros, siguiendo antigua costumbre, indiquemos su clasificación antes de proceder al estudio concreto de cada clase.

El Código Civil, aceptando el criterio verdaderamente tradicional en este punto, hace de los testamentos una primera y general división: así dice en el art. 676, que el testamento puede ser *común ó especial*: después, y sin dar el concepto de cada una de estas clases, indica ya con sus nombres propios los comprendidos en cada uno de estos grupos, y dice que el testamento común puede ser *ológrafo, abierto ó cerrado*; y que se consideran testamentos especiales *el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero*.

Pero si es verdad, como afirmamos, que el Código acepta como criterio para clasificar los testamentos el de antiguo seguido por los legisladores y tratadistas, no es menos cierto que después se separa mucho de ese antiguo criterio en cuanto á la enumeración de los que en cada uno de estos dos grandes grupos comprende, incluyendo en el primero una nueva forma de testar (el testamento ológrafo), al paso que de entre los especiales ha eliminado algunos; v. gr., el de *mancomunidad* y el de *comisario*, y ha pretendido eliminar á otros: y decimos que ha pretendido, porque en realidad no los ha eliminado; pues si bien no señala la ley más que las tres clases dichas de testamentos especiales, es hecho positivo que después estudia otros varios entre los de esta clase: tal sucede con el del ciego, el hecho en tiempo de epidemia, etc., etc. Y para convencerse de esto basta con recordar el concepto que siempre se ha dado, y hoy sigue dándose, de testamentos comunes y especiales. Los primeros son aquellos en cuyo otorgamiento ó confección se observan las formalidades en general establecidas por las leyes; en tanto que testamentos especiales son aquellos otros que para su validez no necesitan ajustarse á ese patrón, por decirlo así, que como ordinario y para casos normales tiene trazado la Ley positiva, sino que unas veces requieren menos requisitos y otras más de los ordinarios.

La normalidad en la forma podemos decir que se marca en el Derecho vigente, por la concurrencia al acto de formalizar el testamento, del Notario y testigos, sea cualesquiera el número de éstos, que varía según la clase de testamento. Y si esto es así, podremos conformarnos con el procedimiento seguido por el

legislador cuando señala las clases correspondientes á cada uno de los dos grupos en que divide los testamentos? La negativa se impone, y se impone por una doble razón, cual es, por no ser comunes todos los que él así llama, y porque no solo son especiales los entre estos indicados: así sucede, que el testamento ológrafo no es común, sino especial, y especial quizá por más de una razón, pues se separa de la regla general de no haberse de otorgar ante Notario; marcando por otra parte una verdadera excepción en cuanto á la capacidad de ordinario exigida al testador, porque como más adelante explicaremos, solo pueden testar en esta forma los mayores de edad, siendo así que el principio general formulado en este punto es, que pueden hacer testamento los mayores de catorce años de uno y otro sexo.

Por otra parte, decimos, tampoco es cierto que no haya en el Derecho constituido más testamentos especiales que el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero, pues especiales son también, entre otros, el hecho por el que sea enteramente sordo, el del ciego, el hecho en inminente peligro de muerte ó en tiempo de epidemia, el que hace un demente en intervalo lúcido; y tantos otros que con toda precisión enumeraremos cuando de su estudio tratemos en Capítulo distinto.

Concretando nuestro criterio en este punto, diremos: que aceptamos como buena la división fundamental de los testamentos en *comunes* y *especiales*; pero no admitimos que sean comunes más que los llamados *abierto* y *cerrado*, por estimar como especial el *ológrafo*, y en cambio creemos que entre los especiales deben figurar no solo los tres que el Código señala, sino cuantos decimos nosotros en el párrafo anterior, y en general todos cuantos con este carácter estudiamos en los Capítulos IX, X y XI.

Consideración que actualmente merecen las formas de testar derogadas por el Código.—Si fuera cierto que todo lo que ha pasado á la Historia es muerto para la vida, prescindiríamos de estudiar aquí aquellas clases de testamentos que expresamente ha derogado el Código, como son: *el de mancomunidad* y *el hecho por comisario*; pero como tal dicho no es cierto, sobre todo en el actual estado del Derecho que regula las relaciones privadas, no pode-

mos prescindir del estudio de instituciones, que vivas durante muchos siglos, pueden todavía dejar sentir sus efectos; porque el atrevimiento que los legisladores modernos han tenido para suprimirlas para lo porvenir, no se ha llevado al extremo de negarles virtualidad si su nacimiento se hubiera efectuado al amparo del derecho que les reconocía validez. Por eso se dice en las disposiciones transitorias del Código, entre otras cosas, que las variaciones introducidas por él, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo: que se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo ó no los reconozca; y que los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo á ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones expresamente establecidas. En su consecuencia serán válidos los testamentos aunque sean *mancomunados, los poderes para testar y las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado ó escrito antes de regir el Código.*

Decimos que la derogación que el Código hace de las dos indicadas clases de testamentos es expresa, porque no es que ha prescindido de ellos al señalar los que reconoce, sino que terminantemente dice en el art. 669: «no podrán testar dos ó más personas mancomunadamente, ó en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero». Y en el primer párrafo del siguiente artículo se lee: «El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario ó mandatario.» Pero como estas disposiciones, repetimos, no tienen carácter retroactivo, preciso nos es estudiar, aunque no lo hagamos con gran detenimiento, el testamento de mancomún y el hecho por comisario ó mandatario; porque puede muy bien suceder, que todavía se presenten algunos de estos en la práctica, que otorgados con las debidas formalidades antes de la promulgación del Código Civil, no hayan de producir sin embargo efecto hasta después, por no haber fallecido antes el testador; falle-

cimiento que lo mismo en el Derecho civil anterior que en el hoy vigente, determina el nacimiento de los derechos á la sucesión de una persona, según dejamos explicado en el Capítulo IV.

Mas si bien decimos que el Código vigente deroga la forma de testar por comisario, en cambio establece el principio de que «podrá el testador cometer á un tercero la distribución de las cantidades que deje en general á clases determinadas, como á los parientes, á los pobres ó á los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas ó establecimientos á quienes aquellas deban aplicarse (1);» precepto que contradice la doctrina consignada en el artículo anterior; porque esta facultad dada á un tercero, puede ser en algún caso tan importante como el hecho mismo de facultarle para testar por otro: así sucedería en el caso de que el causante de la herencia no tuviera herederos forzosos y dejara toda su fortuna á clases que solo en general determinara; dentro de esas clases, el *tercero* sería árbitro para hacer la distribución de la totalidad de esa fortuna, pudiendo elegir á quien quisiera para suceder en ella. ¿Y qué otra cosa significa esto que concederle facultad de disponer de los bienes para después de la muerte de la persona cuyos son estos?

Dicho esto por el Código, después de afirmar en el precedente art. 670, que el testamento es un acto personalísimo, que no puede hacerse por medio de comisario ó mandatario, y que tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos ó legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente, hace creer que los legisladores del Código han procedido en este punto con la ligereza y desacierto que en otros muchos; y por no cuidarse de formular preceptos más pensados han incurrido en una lamentable contradicción, que puede hacer ineficaz en la práctica su orden derogatoria de testamentos antes admitidos. Pero como el precepto de derogación es tan terminante, hay que admitirlo tal como lo ha querido el legislador.

Sucinto estudio del testamento de mancomún.—El testamento

(1) Art. 671 del Código Civil.

que con el nombre indicado en este epígrafe proscribía el vigente Código, es el conocido en la Legislación pasada con el nombre genérico de testamento de hermandad; el cual no era otra cosa que un testamento ordinario, con la particularidad de ser dos los testadores, que en un solo acto y con las mismas solemnidades ordenaban su disposición testamentaria. Como esas dos personas que juntas y en un solo acto otorgaban su testamento, podían instituir por heredero á un tercero, ó cada uno al otro, de aquí que en la práctica recibiera los nombres de *conjunto ó mútuo*, según que la institución de heredero se hiciera en una ú otra forma de las indicadas, respectivamente.

Esta forma de testar puede decirse que se introdujo en la práctica más bien por derecho consuetudinario que por ley escrita, pues aunque algunos han pretendido encontrar vestigios de ella en la Ley IX, tít. 4º, libro III del Fuero Real, fijándose en que dice que *marido y mujer pueden hacer hermandad*, no puede admitirse esto como precedente legal de tal institución, porque lo que dicha ley dispone es, que marido y mujer, pasado el año y no teniendo hijos ú otros herederos, puedan hacer hermandad de bienes. Lo que sí es cierto, es que su uso más frecuente fué entre cónyuges.

Nada decimos de las solemnidades con que había de otorgarse este testamento, porque ninguna particularidad presentaba bajo este punto de vista, pues si entre los especiales se estudiaba en el Derecho histórico, no era por razón de las solemnidades externas, sino más bien por los efectos que le eran propios.

La cuestión más grave que esta forma de testar presentaba, era la referente á su revocabilidad; sobre todo tratándose del llamado propiamente *mútuo*, cuando ya había surtido en parte sus efectos, por haber muerto uno de los testadores; porque parece que esa reciprocidad en el carácter de herederos exigía por parte de ambos estricta fidelidad en su cumplimiento, bajo cuya mútua promesa se otorgó. Como permitir su revocación al sobreviviente suponía facultar la violación de la fé de la reciprocidad, y declararle irrevocable era cambiar la naturaleza propia de toda última voluntad, convirtiéndola en un pacto, de aquí la

cuestión y las dudas; dudas y cuestión que la Jurisprudencia resolvió declarando: que ninguna ley ni doctrina admitida por los Tribunales, ha aceptado el principio de la irrevocabilidad de los testamentos dichos de mancomún, y que su existencia no impide al testador sobreviviente y heredero del otro, variar su disposición cuando le parezca oportuno. Así lo dicen las Sentencias de 21 de Mayo de 1860 y 26 de Marzo de 1861.

En Sentencia de 20 de Diciembre de 1866 tiene dicho también el Tribunal Supremo, que las condiciones que se imponen los cónyuges que de mancomún otorgan su testamento, al nombrarse en él mutuamente por herederos, deben cumplirse religiosamente por el sobreviviente, si hubiese aceptado la herencia del premuerto, y aquellas no fuesen de las que por la ley se estiman contrarias á derecho.

Sumaria exposición de los principios porque se regia el testamento hecho por comisario.—El testamento por comisario era así llamado cuando se formalizaba por medio de mandatario, quien recibía poder especial al efecto, del testador; á cuyas prescripciones en él consignadas había de atenerse el mandatario para que el testamento fuera válido.

No sucede á esta forma antigua de testar lo que á la del testamento mútuo, respecto á precedentes en la historia de nuestro Derecho; porque el testamento por comisario tiene un origen legal reconocido en algunos de nuestros Códigos históricos, los cuales, separándose del principio sustentado por el Derecho romano, de que el testamento es acto personalísimo, aceptaron dicha forma de testar, habiendo estado en vigencia hasta la publicación del Código Civil, que de una manera expresa la deroga para en lo porvenir.

Entre los precedentes legales del testamento que estudiamos, podemos citar la Ley VII, tít. 5º, lib. III del Fuero Real, que dice: «Si alguno no quisiere, ó no pudiere ordenar por sí la manda que ficiere de sus cosas, é diere su poder á otri, que el que la ordene, é dé, é la dé en aquellos lugares onde él tuviere por bien, puédalo facer: é lo que él ordenare ó diere, vala, así como si lo ordenase aquel que dió el poder».

En esta ley podemos decir que tuvo su origen el testamento por comisario, que si derogada después por las Partidas, volvió á renacer más tarde; bien que en condiciones algún tanto diferentes, para cortar abusos de los mandatarios: y puede decirse que de hecho siempre existió en la práctica, porque á pesar de la declaración del Código de D. Alfonso el Sabio, se seguía haciendo testamento por mandatario. Pero la institución debió su mayor arraigo á que las Leyes de Toro regularizaron aquello que en las costumbres vivía, sin reglas ni preceptos legales. Dichas leyes, que son las comprendidas en los números del 31 al 40, pasaron después á la Novísima Recopilación, y encontraron, por lo que de su contenido se deduce, tanto abuso en la práctica de esta forma de testar, que se propusieron corregir esa viciosa práctica, ya que no se atrevieron á derogarla por modo expreso. A este fin fijaron límites al poder para testar, señalando las facultades del comisario, y determinando que el poder dado á éste había de revestir las mismas formalidades que el testamento nuncupativo. Se ordenaba también en estas leyes, que el comisario, para instituir heredero, nombrar sustituto, mejorar, desheredar ó revocar testamento, había de estar expresamente autorizado por el testador, quien había de designar con precisión en el poder á las personas de quien se tratase; y como todo esto suponía lo mismo que otorgar testamento, de aquí que en la práctica posterior á las Leyes de Toro, apenas si se ha hecho uso de la forma de testar por comisario.

Para dar poder para testar, era necesario que el poderdante tuviera capacidad para hacer testamento; y esto se exigía así por dos razones: la primera, porque si de otro modo se hubiera concedido, habría podido acaecer que uno que verdaderamente fuera incapacitado para testar, pudiera hacer, no obstante, de algún modo testamento, por esta especie de subterfugio ó rodeo; y la segunda, porque como el poder, por su contenido, era un verdadero testamento nuncupativo, natural era que para su otorgamiento se exigiera la misma capacidad jurídica.

Para ser nombrado comisario se exigía la misma capacidad que para aceptar un mandato; lo cual era muy racional, dado

que el comisario era un verdadero mandatario. La aceptación del cargo era voluntaria; pero una vez aceptado tácita ó expresamente, el comisario estaba obligado á su cumplimiento.

Las facultades de los comisarios dependían de la clase de poder que recibían; pues si era general, nada más podían hacer que cumplir los encargos de conciencia, pagar las deudas del mandante y distribuir el importe del quinto de los bienes por su alma, y si no existían parientes de los llamados á la sucesión abintestato, podían aplicar los comisarios los bienes todos del testador en provecho de su alma. Si el poder era especial, podía el comisario hacer todo aquello para que había sido autorizado expresamente, necesitando además que se designara por su nombre la persona que había de ser heredera: esta designación personal no era necesaria para mejorar, sustituir, desheredar, etc., bastando solo que el testador le autorizara expresamente para ello.

El poder otorgado para testar no era de duración indefinida, pues presumiendo la Ley que esto podría dar lugar á abusos, estableció plazos fijos, que eran: de cuatro meses si poderdante y comisario residían en el mismo lugar; de seis meses si residían dentro del Reino, pero en distintos lugares; y de un año en el caso que se hallaren fuera de España. Pasados dichos plazos el poder quedaba sin efecto.

II Formalidades que son comunes á toda clase de testamentos.— Tiene el acto de testar una trascendencia tan grande, es de tal importancia por sus consecuencias esa postrera voluntad del hombre, que en ningún tiempo ha querido la Ley dejarla abandonada en su forma á la libre iniciativa individual: y no es extraño que así haya sucedido, porque la mala fé contra la que hay que prevenirse, en estos casos inspirada por la codicia, ha sido, seguramente, defecto ó vicio que temer de toda sociedad. Por eso las leyes civiles de todos los pueblos han querido que la manifestación de la voluntad del testador se vea rodeada de ciertas formalidades, que dificultando su suplantación, hagan posible llegar á cumplir esos deseos que el hombre expresa en momentos tan solemnes, y quizá en los más angustiosos de su existencia terrena.

¿Cuáles han de ser estas formalidades? He aquí la primera

dificultad en este punto; dificultad que nace de ser necesario buscar por un lado las garantías que más cumplidamente rechacen la posibilidad de que las últimas voluntades sean falsificadas, al propio tiempo que no se entorpezca la facultad de testar, poniendo dificultades á su ejercicio; y como siempre es difícil encontrar un justo medio, de aquí que se vea en la historia de nuestro Derecho civil cuán vario ha sido en este punto el criterio adoptado por los legisladores, según los tiempos; variedad de criterio que las mismas circunstancias aconsejaban, porque según las costumbres y cultura de cada momento histórico, serían más ó menos presumibles esos excesos de codicia humana, contra cuyo enemigo ha sido siempre necesario prevenirse.

Como ya en otro lugar indicamos algo, siquiera fuera por incidencia, de las formalidades para testar en los pueblos antiguos, y más adelante hemos de explicar en concreto las que en cada clase de testamento se exigían, cuando estudiemos en particular los que el Código reconoce, creemos excusado hablar aquí de las formalidades exigidas por las leyes históricas en la formalización de cada testamento; por cuya razón nos vamos á concretar al estudio de las formalidades que son comunes á todas las clases de testamentos que distingue el Código vigente, sin perjuicio de hacer alguna indicación histórica acerca de estos particulares, cuando también tuvieran el carácter de formalidad común en el Derecho histórico.

Necesidad de asistencia de testigos en los testamentos.—Entre las formalidades más comunmente admitidas, está la de requerirse cierto número de testigos para la prueba de la disposición testamentaria: requisito que si bajo cierto punto de vista no es de los menos dado á engaño, sobre todo en sociedades y tiempos en que el sentido ético anda relajado, es lo cierto que en ningún tiempo se ha sabido prescindir de él, y hoy mismo se acepta como esencial en toda clase de testamentos. Y nótese que decimos en toda clase de testamentos, porque hasta en el llamado testamento *ológrafo* intervienen, ya que no en el acto de redactarse por el testador, en momento posterior, cuando fallecido éste se practi-

can aquellas diligencias judiciales que son necesarias para que esa postrera voluntad, privadamente expuesta, adquiera fuerza legal. En todos los demás testamentos es una formalidad concomitante con el acto mismo de testar.

Si pues es la formalidad más común, y así se ha entendido siempre, justo es que su examen lo hagamos en primer lugar, comenzando por indicar el significado de la palabra testigo y concluyendo por estudiar quiénes pueden serlo, distinguiendo en este punto las incapacidades absolutas de las relativas.

En la acepción más general de la palabra *testigo* se entiende por tal, el que dá testimonio de alguna cosa ó la atestigua, y en este sentido se dice que son los testigos en los testamentos, aquellas personas para quienes conocida la voluntad del testador, ó meramente la existencia de esta, pueden dar testimonio, pueden servir de elemento de comprobación, de la dicha voluntad, ó por lo menos de que es la hecha constar en el documento que se presenta, el cual, á su juicio, es auténtico. Bajo esta idea general de testigo, se comprende á los de todas las clases de testamentos.

Una ley del Código de las Partidas dice que testigos son, *omes ó mujeres, que son atales, que non pueden desechar la prueba que aducen las partes en juycio, para probar las cosas negadas, ó dubdosas.*

¿Quiénes pueden ser testigos en los testamentos? Esta es la cuestión más importante que á nuestro propósito importa estudiar, porque de las condiciones que éstos reúnan dependerá muchas veces que sea ó no fielmente cumplido aquello que era voluntad del testador. El requisito de la concurrencia de testigos en el otorgamiento del testamento no ha querido el legislador que al azar se cumpla, sino que, atendiendo á su misma importancia, ha exigido siempre, cuándo más, cuándo menos, que para ser testigos en los testamentos se reúnan ciertas y determinadas condiciones, que hagan menos presumible la falta de fidelidad en aquello sobre cuya autenticidad pueden ser llamados á atestiguar. Es decir, que la ley nunca ha sabido prescindir de esta formalidad, pero siempre le he inspirado recelos.

Ya las Leyes de Partida señalaban gran número de incapacidades para ser testigo en los testamentos, las más de ellas tomadas del Derecho romano (1); y las clasificaban en *absolutas* y *relativas*, comprendiendo entre las primeras la de aquellos que hubiesen sido condenados por sentencia firme en causas sobre injurias, hurtos, homicidios, libelos infamatorios y apostasías; la de las mujeres, los menores de catorce años, los siervos, los mudos, los sordos, los locos, el pródigo, etc.; y entre las segundas comprendían la del heredero y sus parientes colaterales hasta el cuarto grado, la del fideicomisario, la del legatario y la de los descendientes en el testamento de sus ascendientes, y viceversa.

El Ordenamiento de Alcalá, que en otros particulares introdujo tantas reformas en la testamentifacción, no nos trajo otra novedad en punto á los testigos que habían de concurrir á la formalización del testamento, que la de exigirles la condición de la vecindad para poder ser testigo en las varias formas del testamento abierto; pero como nada más se dice en este respecto, los intérpretes han entendido que dicho cuerpo legal dejó subsistentes las incapacidades que establecieron las leyes de Partida, á las cuales se sumó después la falta de vecindad; incapacidad esta última que no siempre y para todos los casos subsistió, pues se aceptó luego una cuarta forma para el testamento abierto, en la cual podían ser testigos los no vecinos del lugar en que se otorgara.

Las incapacidades de que decimos hablaban las Partidas fueron copiadas por los Códigos posteriores, y se adicionaron en tiempos modernos otras dos causas de incapacidad establecidas por la Ley del Notariado, cuales son: la de los parientes del No-

(1) Hacemos arrancar de las Leyes de Partida los precedentes de nuestro Derecho patrio en este punto, porque los Códigos anteriores, si bien exigieron esta formalidad de los testigos en el testamento, nada en realidad hablaron de la capacidad para serlo. Únicamente el Fuero Real habla de la incapacidad para testimoniar en la manda que el testador hiciere expresamente al testigo; incapacidad que hizo extensiva al heredero con respecto al testamento en que fuere instituido.

tario autorizante, dentro del cuarto grado civil, y la de los dependientes, amanuenses y criados de aquél.

Reglas de Derecho positivo referentes á la capacidad para ser testigo en los testamentos.—El Código Civil vigente, al fijar las incapacidades para ser testigo en los testamentos, ha recogido en gran parte la doctrina del Derecho que le precedió, y en otros puntos ha introducido algunas reformas, cuyo fin parece no ha sido otro que facilitar en lo posible la testamentifacción. Por eso vemos que los artículos 681 y 682 señalan todas las causas de incapacidad; conducta del legislador que nos autoriza á afirmar que á los que no se hallen en ninguno de estos casos, no les alcanza incapacidad alguna.

Aun cuando la Ley positiva no clasifica estas incapacidades, pues que no hace otra cosa que enumerarlas, nosotros, para la mayor claridad, las clasificaremos como se clasificaban las del antiguo Derecho, y al efecto diremos que hoy, lo mismo que entonces, las incapacidades á que nos venimos refiriendo, pueden ser de dos clases: *absolutas ó relativas*; según que las causas que las determinan incapaciten para intervenir como testigo en todo testamento, ó solo en alguno, pudiéndolo ser en otros, por unas ú otras razones.

Incapacidades absolutas.—En primer término tienen incapacidad absoluta para ser testigos, los ciegos y los totalmente sordos ó mudos; incapacidad que se funda, en que siendo necesario ver y entender al testador, mal podrían conseguir esto aquellos á quienes falte los sentidos correspondientes. Sin embargo, parece demasiado fuerte que la ley haya declarado incapacitado absolutamente al que es por completo sordo, porque, bien que tal hubiera hecho para los testamentos abiertos, cuyo contenido tendría que oír; pero no así para los cerrados, en los que, según diremos en su lugar correspondiente, no se manifiesta á los testigos el contenido del testamento; y aun en los abiertos podría serlo siempre que supiese leer, porque sabido es que todo testigo tiene derecho á enterarse por sí de la redacción y contenido de aquellos instrumentos, ya públicos, ya privados, en que interviene con tal carácter. Mas la Ley positiva no hace en este punto

distinción de ninguna clase; habla en términos tan absolutos como precisos, y ante esta conducta del legislador no nos es dado á nosotros distinguir, siquiera entendamos que por las razones dichas debía figurar la incapacidad del sordo más bien entre las *relativas* que entre las *absolutas*.

En segundo lugar, colocamos como incapacidad absoluta la de los que no estén en su sano juicio. La razón de esta incapacidad no es discutida por nadie, y se acepta desde luego como causa suficiente para no poder ser testigo en ninguna clase de testamentos, pues como la carencia de juicio arguye falta absoluta de capacidad para la vida civil, sería absurdo grande conceder al incapacitado por tal causa facultad de poder ser testigo en testamento, porque implicaría el contrasentido de conceder lo menos al que le está negado todo.

Pero si es verdad, como decimos, que la incapacidad por locura no es discutida por nadie hoy, sino que se acepta como suficiente para no poder ser testigo en testamento el que la padece, no así ha sucedido antes, porque al interpretar lo que en este punto decían las Leyes de Partida, *nin los locos mientras que estuvieren en locura*, entendieron algunos que tales palabras debían explicarse en el sentido de que en los intervalos lúcidos recobraba el demente la capacidad para ser testigo en los testamentos. De esta manera lo entiende Goyena, diciendo: «exceptúanse de la prohibición los lúcidos intervalos, porque en ellos se permite testar y habría inconsecuencia en negar lo menos á quien se concede lo más.»

En el proyecto de Código de 1851, se concedía expresamente la facultad para ser testigo en tales intervalos; pero como en el Código hoy vigente se han suprimido las palabras en que se consignaba, no haciéndose distinción alguna, de aquí que nosotros calificuemos la locura en este punto como causa de incapacidad *absoluta* para ser testigo en los testamentos.

Es también incapacidad absoluta la de los que hayan sido condenados por el delito de falsificación de documentos públicos ó privados, ó por el de falso testimonio, y la de los que sufren pena de interdicción civil. Y nada más racional que así se di-

ga por la ley, porque ¿qué confianza podría inspirar el testimonio de personas que ya demostraron su inclinación á las falsedades? Si lo que se busca con la formalidad de que cierto número de testigos concurren al otorgamiento de un testamento es alejar en lo posible los temores del fraude, esto no se conseguiría si dichos testigos se nos presentaran con el sello de sospecha que impreso les había dejado una sentencia condenatoria por falsedad. Y por lo que respecta á los que sufren pena de interdicción civil, también se explica facil y cumplidamente que tengan incapacidad para ser testigos, porque sabido es que dicha pena equivale en parte á lo que los romanos llamaban muerte civil: priva del ejercicio de la generalidad de los actos civiles, y entre ellos de la capacidad para ser testigo en los testamentos.

Incapacidades relativas.—A juicio nuestro, solo por las causas antes indicadas pueden ser declarados incapaces *en absoluto* los testigos que hayan de intervenir en un testamento, cualquiera que este sea, siendo las que á continuación vamos á estudiar *incapacidades relativas*.

La primera de las incapacidades que el Código Civil señala para poder ser testigos en los testamentos, es la de las mujeres; incapacidad á que nosotros damos la consideración de *relativa*, por no ser aplicable á toda clase de testamentos, sino que como la misma ley excepciona, pueden serlo en los testamentos otorgados en tiempo de epidemia. Por esta razón, no deja de sorprendernos que ilustrados tratadistas contemporáneos estudien esta incapacidad por razón del sexo entre las *absolutas*, pues no resulta verdad legal que las mujeres estén incapacitadas para ser testigos en toda clase de testamentos, único caso en que creemos puede llamarse *absoluta* una incapacidad. Otra cosa sería si se afirmara que la incapacidad que ahora estudiamos fué considerada como *absoluta* en el Derecho civil anterior al Código, porque en él sí que se llevó verdaderamente hasta el rigor el precepto de que las mujeres no pudieran ser testigos en los testamentos; rigor que nunca tuvo la mayor justificación, y en cambio, sí, fué causa que entorpeció la testamentifacción, por lo difícil que en muchos casos se hacía encontrar en un momento dado testigos

bastantes en el número y calidad que la ley exigía. Por eso nuestro Código vigente hace la prudente excepción que antes señalamos.

Por igual consideración entendemos que tampoco puede ser admitida como incapacidad *absoluta* la de los menores de edad, sino que es propiamente incapacidad *relativa*, en cuanto que también se dice por la ley, que los menores de edad pueden ser testigos en aquellos testamentos que se otorgaren en tiempo de epidemia.

También merece ser calificada de *relativa* la incapacidad de aquellos testigos que no tengan la calidad de vecinos ó domiciliados en el lugar en que el testamento se otorgue; y le damos esta consideración, porque como dice la misma ley al hablar de este particular, hay casos de excepción en que pueden serlo: tal sucede en el testamento que el español otorgue en país extranjero ante el Agente diplomático ó consular de España, caso en el cual se dice que no es necesaria la condición del domicilio en los testigos; é igual conclusión se deduce por racional interpretación, en el testamento militar hecho durante una batalla, asalto ó combate, y en general en todo peligro próximo de acción de guerra, en que el militar puede testar de palabra ante dos testigos; pues como nada se dice de las condiciones de idoneidad en éstos, debe presumirse, ya por el mismo silencio de la ley, ya por lo extraordinario y especial del caso, que no se requiere la condición de vecindad ó domicilio en los tales testigos. La misma presunción se establece en el testamento marítimo, para el cual dice la ley que se elegirán dos testigos, entre los pasajeros del buque donde se otorgue: si bien hay que hacer notar que tal conclusión no se presenta tan clara como en el caso del testamento militar, porque al hacer referencia la ley á esos dos testigos, dice que han de ser idóneos, palabra cuyo significado gramatical es, «buena disposición y suficiencia para alguna cosa»; y si la idoneidad de los testigos se determina por no afectarles ninguna causa de incapacidad, parece que hay que concluir que el testamento marítimo no es caso de excepción en cuanto á que sus testigos no hayan de ser vecinos ó domiciliados en el lugar

donde el testamento se otorgue. Sin embargo, nosotros creemos que no ha de requerirse aquella condición, por las especiales circunstancias en que este testamento se otorga, siendo racional presumir que con la palabra *idoneidad* ha querido expresarse que los testigos reúnan las demás condiciones de capacidad.

La calidad de vecinos ó domiciliados la ha copiado el Derecho actual de lo que preceptuado tenía la Ley única, tít. 19, del Ordenamiento de Alcalá para el testamento nuncupativo ó abierto, y de lo que en la práctica se había resuelto después de la tan debatida cuestión de si esa condición en los testigos había de exigirse lo mismo para el testamento escrito: el domicilio había sido considerado, para estos efectos, como la vecindad, y por eso nos dicen los modernos legisladores en el número 3º del artículo 681 del Código Civil: «los que no tengan la calidad de *vecinos ó domiciliados*.....» La doble consideración de ser más fácil obtener el testimonio de los testigos y hacer presumible una mayor garantía de moralidad, ha sido tenida, sin duda alguna, presente por el legislador para exigir, en términos generales, esta condición en los testigos de los testamentos: decisión plausible desde el momento que no la formula con criterio cerrado, sino que señala excepciones para casos especiales.

La incapacidad de *los que no entiendan el idioma del testador* la calificamos así mismo de *relativa*, por ser solo aplicable en el caso accidental de que el testador y los testigos hablen un idioma distinto, y éstos desconozcan el de aquél; principio que creemos es de aplicar lo mismo al caso de la diversidad de dialectos. Decimos que es incapacidad relativa, porque tiene solo efecto por esa circunstancia accidental, sin que esto quiera decir, que ese mismo sujeto incapaz por la razón dicha lo sea para toda clase de testamentos.

La razón de esta declaración de la ley es tan justa, que con dificultad podrá hallarse ninguna otra más racional; y en punto á su explicación, creemos que la hace innecesaria esa misma circunstancia. Para que los testigos puedan dar veraz testimonio de lo que el testador ordena en su última voluntad, es necesario que lo vean y entiendan, y mal podría conseguirse esto último

si el idioma ó dialecto que uno y otros hablaban fuese distinto. Si otra cosa se admitiera fomentaría el fraude, que es precisamente lo que se trata de evitar.

Así mismo es incapacidad *relativa* la de los dependientes, amanuenses, criados ó parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad del Notario autorizante. La razón que explica esta causa de incapacidad no puede ser otra que la de querer la ley que entre las personas que intervienen en el otorgamiento de un testamento, y de cuya autenticidad han de ser después llamados á testimoniar con uno ú otro carácter, no sean fáciles las confabulaciones para variar de hecho la voluntad del testador. Y le llamamos *relativa*, porque es evidente que los que en tal relación de parentesco ó dependencia se hallan con un determinado Notario, no tienen incapacidad para ser testigos nada más que en los testamentos en que ese mismo depositario de la fé pública interviene, pudiéndolo ser en otro cualquiera, si por otra circunstancia distinta no son incapaces.

Por último, tienen incapacidad para ser testigos en el testamento abierto, los herederos y legatarios en él instituidos, y los parientes de éstos dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad; incapacidad que puede ser calificada de *relativa* por una doble consideración: por ser solo de aplicar en el caso en que el testador y los testigos estén unidos con el vínculo de parentesco indicado, siendo el testamento abierto, y porque según declaración expresa de la misma ley (1), «no están comprendidos en esta prohibición los legatarios y sus parientes, cuando el legado sea de algún objeto mueble, ó cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario.»

Es de notar, que esta incapacidad se refiere solo al testamento abierto, circunstancia que se explica por ser solo á él aplicable la razón que el legislador ha tenido presente para establecer esta causa de incapacidad, que no es otra que la de evitar los fraudes que se cometerían si el heredero ó legatario, sabiendo que lo eran, tuvieran por otra parte el carácter de testigos;

(1) Pár. 2º del art. 682 del Código Civil.

pues era fácil que guiados por la codicia suplantasen la voluntad del testador; y como esta presunción puede hacerse extensiva á sus parientes próximos, de aquí que también á éstos se les declara por la ley incapacitados en igual caso. Y como los efectos de la codicia no son tan presumibles cuando es pequeña la causa que puede servir á esta para moverse, de aquí que se haga la excepción que apuntada queda para los legatarios y sus parientes. Pero como en el testamento cerrado todo el contenido de él es desconocido para los que intervienen como testigos, se explica fácilmente que la ley no haga extensiva á él la incapacidad que estudiamos, pues el secreto de la disposición testamentaria deja á salvo el temor que en el abierto puede presumirse: es decir, falta en este caso la razón, no de poca fuerza, que en el anterior se tiene para declarar incapacitadas á las personas designadas.

Esta incapacidad tiene su precedente en la Ley XI, tít. 1.º, Partida VI, siquiera dicho texto legal no se refiera á los legatarios, y solo sí, á los herederos y sus parientes. Dicha ley originó dudas acerca de si la prohibición debía entenderse aplicable á toda clase de testamentos ó solo á los abiertos; pero la Jurisprudencia había resuelto ya que se refería solo á los abiertos, y en este sentido se ha pronunciado el Código Civil, según antes explicamos.

Según algunos comentaristas del Derecho antiguo, los parientes del heredero podían ser testigos en el testamento de éste, si no se promovía contradicción en pleito, pues no habiendo quien impugnase el testamento, debería reputarse válido y eficaz, aunque los testigos, ó alguno de ellos, fueran parientes del heredero; pero que el testimonio de tales parientes no surtiría efecto al presentarse contradicción en pleito.

Después de lo dicho por el Código en términos tan explícitos, no cabe distinción ninguna, y siempre el parentesco en el grado dicho es causa de incapacidad en el testamento abierto.

Tiempo á que hay que atender para juzgar de la capacidad de los testigos de un testamento.—El Código Civil, en su art. 683, formula un principio tan absoluto como terminante con arreglo al cual hay que juzgar de la capacidad de los testigos por razón del

tiempo: así dice, que «para que un testigo sea declarado inhábil, es necesario que la causa de su incapacidad exista al tiempo de otorgarse el testamento». Según este principio legal el testador cumple con presentar testigos que sean aptos en el momento de testar, y nunca podrá sufrir las consecuencias de que éstos incurran en alguna causa de incapacidad por circunstancias posteriores: si de otro modo fuera se daría la injusticia de hacer que el testador y sus herederos sufrieran las consecuencias por actos que no son propios, y se daría el triste caso de anular gran número de últimas voluntades con perjuicio para todos. Lo que sucederá es, que en caso de contradicción habrá que probar que la capacidad existía en los testigos al otorgarse el testamento.

Intervención del Notario en ciertos testamentos.—Otro de los requisitos necesarios para la validez de algunos testamentos, según el Derecho vigente, es la asistencia del funcionario depositario de la fé pública, llamado Notario; y decimos esto, porque hay testamentos como el común *abierto* y el *cerrado*, en los que necesariamente ha de intervenir dicho funcionario, á más de cierto número de testigos. Es un requisito este que ahora estudiamos mucho más limitado en su aplicación que el de los testigos, pues su intervención solo es precisa en las dos clases de testamentos que anteriormente indicamos.

Dicho Notario ha de ser *hábil* para actuar en el lugar del otorgamiento; es decir, que lo ha de autorizar dentro de la demarcación territorial que le es propia, según la Ley del Notariado.

Identificación de la personalidad del testador.—Se exige también por la Ley positiva como requisito esencial en la generalidad de los testamentos, que los testigos conozcan al testador; y lo mismo el Notario, en los casos en que éste interviene. Decimos que es requisito necesario en la *generalidad* de los testamentos, y no afirmamos que lo sea en *todos*, porque como la ley al hablar de este particular ordena que así sea en aquellos en que interviene Notario, y de los que éste no autoriza solo hace expresa referencia, para mandar que también se cumpla dicho requisito, á los otorgados en tiempo de epidemia ó en peligro inmi-

nente de muerte, parece que hay que concluir que en todos los demás que no nombra no hay que cumplir la condición dicha, pues si otra cosa hubiera querido el legislador lo hubiera dicho, como ha hecho con los de las clases mencionadas. Además, es racional presumir, que si otra extensión y alcance hubieran querido los autores del Código que tuviera la relación de conocimiento entre testador y testigos, hubieran incluido el *no conocimiento* entre las causas de incapacidad, cosa que no hacen.

Veamos la doctrina legal en este punto:

Dice el art. 685 del Código, que «el Notario y dos de los testigos que autoricen el testamento deberán conocer al testador, y si no lo conocieren, se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario y de los testigos instrumentales. También procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, á su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar».

«Igual obligación de conocer al testador tendrán los testigos que autoricen un testamento sin asistencia de Notario, en los casos de los artículos 700 y 701 (1)».

A la simple lectura del artículo transcripto se observa que involucra dos cuestiones que merecen una consideración especial: el conocimiento del testador, por parte del Notario y testigos, y la cuestión de si aquél tiene ó no, á juicio de éstos, la capacidad legal necesaria para testar (2). Si otro procedimiento más racional y lógico hubieran seguido los redactores del Código, no presentaría este la confusión de doctrinas que en este y otros puntos resplandece.

Lo que se ve con toda claridad en el texto de la ley, es que esta no exige que todos los testigos que en el testamento intervienen conozcan al testador, sino que basta con el conocimiento

(1) Estos artículos se refieren á los casos de peligro inminente de muerte y epidemia.

(2) La capacidad de que aquí se habla es la mental: la seguridad que deben tener los testigos y el Notario es la de que el testador se halla en estado de testar. Así lo explicó la Comisión del Congreso, en sesión de 9 de Abril de 1839.

de dos de ellos y el Notario; y establece como medio supletorio, para que se cumpla este requisito, la identificación por medio de dos testigos distintos de los del testamento, que á su vez sean conocidos del Notario y los testigos instrumentales; y cuando este procedimiento no sea suficiente ó no pueda practicarse, dícese por la ley que se declarará esta circunstancia por el Notario, ó por los testigos en su caso, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo; debiendo probar la identidad del testador el que sostenga la validez del testamento, si es impugnado.

Respecto á que precurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, á su juicio, tiene el testador la necesaria capacidad legal para testar, nos parece innecesario que la ley lo diga por lo que al primero se refiere, porque ya la Ley Notarial y Reglamento para su ejecución así lo tienen preceptuado para toda clase de instrumentos públicos que auterice; y por lo que respecta á los testigos, nos parece una prevención inútil, porque con dificultad sabrán distinguir, ya por la falta de ilustración, ya por no fijarse, aceptando de hecho que la tiene si el Notario no la niega. Gracias á que el precepto no impone la obligación de afirmar ó negar rotundamente, sino que deja el salvoconducto de la fórmula *á su juicio*; y no dice, como antes de ser reformada, que el Notario y los testigos habían de conocer al testador *y estar seguros de su capacidad para testar*.

Por último, se dice por la ley, que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades de que queda hecho mérito; siendo el Notario que lo haya autorizado responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, ó de negligencia ó ignorancia inexcusables (1). La distinción de si la falta procedía ó no de las causas dichas es una novedad introducida al reformar el Código, porque tal como aparecía el art. 705 en su primitiva redacción, el Notario era en todo caso responsable de los perjuicios que so-

(1) Artículos 687 y 705 del Código Civil.

brevinieran; reforma que guarda armonía con la de no ser necesario que el Notario asegure en absoluto que el testador tiene capacidad.

Reglas de interpretación de los testamentos.—Se ha dicho siempre que la voluntad del testador es ley, porque debe tener la misma fuerza de obligar que esta, cuando no es contraria á Derecho ni causa perjuicio á intereses legítimos; y en tal sentido debe aplicarse siempre tal cual fué la voluntad del testador, que es en este caso el legislador. Pero como es frecuente que éste no exprese con la debida claridad su pensamiento, de aquí que en muchos casos sea necesaria la interpretación, consistente en averiguar cuál fué la verdadera y genuina voluntad del testador, para darle el debido cumplimiento. A esta necesidad, en todos los tiempos sentida, responden las dos reglas que el Código Civil formula en su art. 675, cuando dice: «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, á no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador. En caso de duda, se observará lo que parezca más conforme á la intención del testador, según el tenor del mismo testamento».

Quando las palabras empleadas por el testador no ofrezcan duda, claro está que es racional no darles otro alcance que el derivado de su significación literal, porque hay que partir del principio de que *el testador dijo lo que quiso decir, correspondiendo al deseo de su voluntad*, y como esta es la que hay que respetar, nada más lógico que lo preceptuado por la ley en el primer punto del artículo citado. Así lo dispusieron también las Leyes de Partida, al decir que las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente, así como ellas suenan; y así también lo tiene dicho la Jurisprudencia, pues según Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Marzo de 1866, «cuando en las cláusulas de un testamento aparecen claras, explícitas y terminantes las palabras del testador, sin que alguna de ellas ofrezca duda acerca de su significación, no hay necesidad de interpretar esas cláusulas».

Pero cuando entre las palabras usadas por el testador y la

intención de éste haya oposición, como lo que se quiere es dar cumplimiento á la *voluntad postrera*, no siempre expresada con exactitud, dice la ley que se atienda á esta cuando aparezca *claramente*, principio que no contradice al de que toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, porque esto debe aplicarse solo al caso de que entre dichas palabras y el espíritu de la disposición testamentaria no resulte oposición. Así lo ha declarado tiempo hace el Tribunal Supremo, al decir que la regla consignada en la Ley de Partidas, según la que las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente, así como ellas suenan, no se opone á que se atienda á su espíritu, cuando pareciese ciertamente que la inteligencia literal no contiene la voluntad del testador: antes bien, esto es conforme á lo que en la ley precitada se establece.

Y es tal la preferencia que el legislador concede al *espíritu* de la voluntad consignada en testamento, sobre las palabras empleadas para su expresión, que la ley establece la regla de que «en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme á la intención del testador según el tenor del mismo testamento»: regla que conforma con la que en igual caso se establece para la interpretación de las leyes.

Lo difícil en uno y otro caso es, esa especie de *averiguación* que hay que hacer de la verdadera voluntad del testador, cuando haya quien contradiga el alcance de las palabras por éste empleadas, porque como no se puede usar de la que sería interpretación *auténtica*, hay que recurrir á otros medios indirectos, siempre más expuestos á error; por lo cual creemos, que en caso de contradicción, el medio más completo de prueba, aunque deficiente, será, la explicación de esa *voluntad* contradicha, por los testigos instrumentales.

Legislación foral acerca de las formalidades comunes á los testamentos

Estudiado al final del Capítulo anterior lo referente á la capacidad para testar, según las legislaciones forales, cúmplenos decir ahora algo de los puntos estudiados en el presente, que concuerdan con lo en el mismo explicado con relación al Derecho civil de Castilla, para responder á lo que es exigencia de nuestro plan; y al efecto indicaremos las diversas clases de testamentos que se conocen en los territorios forales, y las solemnidades que les son comunes; pudiendo exponer por adelantado la idea, de que á esa mayor libertad que las leyes especiales conceden para disponer de los bienes por testamento, corresponde una mayor simplicidad en las solemnidades del mismo, pues nótese en ellas una marcada tendencia á facilitar los medios necesarios para que el hombre exprese su última voluntad.

Cataluña.—*Clases de testamentos que estudia la legislación catalana.*—De igual modo que en Castilla, divídense en Cataluña los testamentos en *comunes* y *especiales*, por razón de las formalidades que en ellos han de cumplirse: á la primera clase corresponden el llamado *nuncupativo*, *el otorgado ante el Cura Párroco* y *el testamento escrito*; y á la segunda, ó sea á los *especiales*, corresponden *el testamento sacramental*, *el inter liberos*, *el testamento ad pias causas*, *el hecho en tiempo de peste* y *el del ciego*.

Solemniades comunes á las varias formas de testar.—Presenta la legislación catalana, comparada con la de Castilla, una mayor simplicidad en las formalidades para testar, sin prescindir de las que se estiman como más necesarias para impedir la suplantación de la voluntad del testador.

La solemnidad más común es la de la intervención de testigos, siendo de ordinario menor el número de los que se necesitan que en Castilla, pues del dicho del Usage, de que dos ó tres

testigos idóneos eran suficientes para la prueba de todo acto, hicieron los catalanes aplicación práctica, tratándose de los testamentos.

Según la legislación catalana pueden ser testigos en los testamentos los que, siendo idóneos, hayan cumplido catorce años; así dice un Usage: *nengun homme fembre no pot testificar entro á quatorce anys cumplits.*

Son incapaces en absoluto para testificar en testamento: las mujeres, los mentecatos, los condenados perpetuos, el mudo, el sordo, el ciego, los infames, etc. Y tienen incapacidad *relativa* para el mismo efecto: el nombrado heredero en el testamento, los que tengan algún interés en él, y los parientes de uno y otro, hasta el cuarto grado.

Los testigos han de ser idóneos, y rogados al efecto por el testador, debiendo presenciar todo el acto hasta firmar; y hasta tal punto es necesaria la rogación, que se dice es nulo el testamento si no se cumplió esta formalidad.

Para juzgar de la capacidad de los testigos, se atenderá en todo caso á la época en que se hizo el testamento.

También es requisito necesario en algunos testamentos la intervención de Notario.

Aragón.—*Clases de testamentos que estudia su legislación.*— También en Aragón se distinguen los testamentos *comunes* y *especiales*, comprendiendo entre los primeros al nuncupativo ó abierto y al escrito ó cerrado; y entre los segundos al militar y al hecho por comisario: el nuncupativo puede hacerse ante Notario ó ante el Párroco, cuyo estudio hacemos en su lugar correspondiente.

Solemnidades más comunes á estas varias formas de testar.— En todas las clases de testamentos que el derecho aragonés reconoce, se requiere la formalidad de la intervención de testigos, aunque en menor número de los que preceptúa el Derecho de Castilla, por ser también carácter de la legislación especial que ahora estudiamos la mayor simplicidad en cuanto á los requisitos para formalizar las disposiciones de última voluntad, co-

respondiendo á la mayor libertad concedida en lo concerniente á las cuestiones que pudiéramos llamar de fondo en la testamento-facción activa.

En Aragón pueden ser testigos en los testamentos los varones mayores de catorce años, habiendo no obstante casos en que pueden serlo los niños mayores de siete años y la mujer honrada; tal sucede en el caso de que haciéndose el testamento en despoblado no hubiese más testigos con la debida capacidad.

Otra de las formalidades que por lo común hay que cumplir en Aragón al otorgar testamento, es la asistencia de Notario, y en su defecto la del Cura Párroco del lugar del otorgamiento.

Y por último, en el testamento hecho ante el Párroco hay que observar que se requiere como especial requisito para su validez la formalidad de la *adveración*, consistente en una especie de ratificación que el mismo Párroco y testigos que en el testamento intervinieron hacen de la disposición testamentaria, ante el Juez, Escribano y dos testigos, leyendo el testamento y jurando sobre los Evangelios que el escrito leído á presencia de todos contiene la verdadera voluntad del testador, y después se declara testamento y se practica su protocolización.

Navarra.—*División de los testamentos según su legislación.*

—De igual modo que en Castilla y los demás territorios forales que dejamos estudiados, divídense los testamentos en Navarra en *comunes* y *especiales*; pudiendo ser los primeros nuncupativos ó abiertos y escritos ó cerrados. Entre los segundos se cuentan el testamento por comisario y el de hermandad entre marido y mujer.

Doctrina legal referente á los testigos y Notario.—La formalidad más común en los testamentos, según la legislación de Navarra, es la intervención de testigos, requisitos que hay que cumplir en todos ellos, bien que se requiera menor número que el exigido por el Código de Castilla, pues es también carácter de las leyes de Navarra la mayor simplicidad en las formalidades para testar.

En cuanto á la capacidad de los testigos, se requiere, como principio general, que sean varones y mayores de catorce años; habiendo algún caso en que por excepción pueden serlo las mujeres y los varones de menos edad de la dicha.

Las demás incapacidades son las mismas del Derecho común.

Requíerese también como formalidad la asistencia de Notario, aunque no en todos, pudiendo ser sustituido en muchos casos por el Cura Párroco ú otro cualquier clérigo.

En los testamentos que se otorguen sin asistencia de Notario, se requiere la especial formalidad del *abonamiento*, para que tengan el carácter y la consideración de instrumentos públicos; formalidad que es semejante á la *adveración* en Aragón, por lo que viene á significar, pues es también una especie de ratificación ó confirmación de la disposición testamentaria, declarando el Cura y testigos que en el testamento intervinieron, ante el Juez de primera instancia, sobre la autenticidad del documento que se presenta, en el cual se dice está contenida la última voluntad del testador. Una ley publicada en la ciudad de Pamplona el año 1642, manda que el *abonamiento* se haga dentro de un año, á contar desde la muerte de la persona cuyo es el testamento.

Ni esta ni otras leyes dicen nada de las personas que pueden pedir la práctica de las diligencias de *abonamiento*, y ante este silencio se viene admitiendo que pueden pedirla los que en el testamento intervinieron, y cualquiera que esté interesado en la herencia.

Vizcaya.—*Disposiciones generales de sus leyes, respecto á las clases de testamento y sus formalidades.*—La primera y mayor particularidad que presenta la legislación de Vizcaya en los puntos que venimos estudiando, es la de que solo reconoce un testamento *común*, que es el nuncupativo otorgado ante el Notario y dos testigos; siendo *especiales* las otras formas de testar que estudia, como son: el testamento de mancomún, el hecho por comisario y el que se otorga sin Notario. El primero de estos solo puede ser otorgado entre marido y mujer; y el último, forma establecida para los vecinos de pueblos de la montaña, presenta la

extrema particularidad de admitir la concurrencia de testigos de ambos sexos, pues se dice que á falta de Notario puede allí testarse ante dos hombres, que sean buenos varones, y una mujer, que sea de buena fama, siendo todos ellos llamados y rogados para el caso.

Requírese, por lo común, la intervención de Notario y testigos, en la forma y condiciones que diremos cuando en su lugar correspondiente procedamos al examen de cada una de las clases dichas de testamento.

Quando no interviene Notario, es necesaria una formalidad posterior, á semejanza de lo que sucede en los demás territorios regidos por leyes especiales, para darle á la voluntad postrera así ordenada, el carácter y la fuerza de un instrumento público. Por eso manda el Fuero, que en el término improrrogable de 60 días, á contar desde que el testador fallece, se ratifiquen los testigos en presencia del Juez y con citación de los herederos abintestato. Y con el fin de que el heredero no sufra perjuicios cuando por causas ajenas á su voluntad no pueda cumplirse dicha formalidad en el término fatal de los 60 días, le faculta el Fuero para acudir al Tribunal competente pidiendo ampliación del plazo, probando la causa de la imposibilidad para comparecer en el término ordinario.

Baleares.—*Indicación de alguna particularidad de sus leyes en los puntos que venimos estudiando.*—La forma ordinaria de testar en dichas islas, es ante Notario y testigos; pero como existe la facultad en los Rectores y Párrocos para autorizar toda clase de instrumentos donde no hay funcionarios de aquella clase, por costumbre hoy muy arraigada se permite á éstos últimos recibir la firma de los testadores.

Está ordenado que los Notarios hagan expresión del lugar y día donde otorgan los testamentos, ya lo hagan al principio ó al fin del documento. En cambio no es necesaria la lectura del testamento nuncupativo por el Notario autorizante, bastando con que se enteren de su contenido los testigos al oír la disposición testamentaria de labios del testador, y aquél solo les dice: habeis

sido llamados para dar testimonio de que éste Señor ó Señora (refiriéndose al testador ó testadora que han de estar presentes), dispuso y ordenó su testamento en mi poder; y estando en su cabal sentido y memoria os ruega que seais testigos de que otorgó en mi poder dicho testamento y quiere que valga como tal, y si no como codicilo.

DOCTRINA LEGAL

Art. 669. No podrán testar dos ó más personas mancomunadamente, ó en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.

Art. 670. El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario ó mandatario.

Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos ó legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente.

Art. 671. Podrá el testador encomendar á un tercero la distribución de las cantidades que deje en general á clases determinadas, como á los parientes, á los pobres ó á los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas ó establecimientos á quienes aquellas deban aplicarse.

Art. 672. Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas ó legados haga el testador, refiriéndose á cédulas ó papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio ó fuera de él, será nula si en las cédulas ó papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo.

Art. 673. Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo ó fraude.

Art. 674. El que con dolo, fraude ó violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero abintestato, otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho á la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido.

Art. 675. Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, á no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme á la intención del testador según el tenor del mismo testamento.

El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley.

Art. 676. El testamento puede ser común ó especial.

El común puede ser ológrafo, abierto ó cerrado.

Art. 677. Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo, y el hecho en país extranjero.

Art. 678. Se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el art. 688.

Art. 679. Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que debén autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.

Art. 680. El testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que esta se halla contenida en el pliego que presenta á las personas que han de autorizar el acto.

Art. 681. No podrán ser testigos en los testamentos:

1° Las mujeres, salvo lo dispuesto en el art. 701.

2° Los varones menores de edad, con la misma excepción.

3° Los que no tengan la calidad de vecinos ó domiciliados en el lugar del otorgamiento, salvo en los casos exceptuados por la ley.

4° Los ciegos y los totalmente sordos ó mudos.

5° Los que no entiendan el idioma del testador.

6° Los que no estén en su sano juicio.

7° Los que hayan sido condenados por el delito de falsificación de documentos públicos ó privados, ó por el de falso testimonio, y los que estén sufriendo pena de interdicción civil.

8° Los dependientes, amanuenses, criados ó parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad del Notario autorizante.

Art. 682. En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, ni los parientes de los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad.

No están comprendidos en esta prohibición los legatarios y sus parientes, cuando el legado sea de algún objeto mueble ó cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario.

Art. 683. Para que un testigo sea declarado inhábil, es necesario que la causa de su incapacidad exista al tiempo de otorgarse el testamento.

Art. 684. Para testar en lengua extranjera se

requiere la presencia de dos intérpretes elegidos por el testador, que traduzcan su disposición al castellano. El testamento se deberá escribir en las dos lenguas.

Art. 685. El Notario y dos de los testigos que autoricen el testamento deberán conocer al testador, y si no lo conocieren, se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario y de los testigos instrumentales. También procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, á su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar.

Igual obligación de conocer al testador tendrán los testigos que autoricen un testamento sin asistencia de Notario en los casos de los artículos 700 y 701.

Art. 686. Si no pudiere identificarse la persona del testador en la forma prevenida en el artículo que precede, se declarará esta circunstancia por el Notario, ó por los testigos en su caso, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo.

Si fuere impugnado el testamento por tal motivo, corresponderá al que sostenga su validez la prueba de la identidad del testador.

Art. 687. Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo.

APLICACION PRACTICA

Para testar válidamente ante Notario cuando éste y dos de los testigos instrumentales no conozcan al testador, es preciso que se identifique la persona del último por medio de otros dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario y los testigos instrumentales, ó que en el caso de no ser esto posible, se observen las formalidades establecidas para tal eventualidad en el art. 686 del Código Civil; circunstancias que no pueden reputarse cumplidas con la expresión de que los testigos que intervienen en el testamento como instrumentales desconocen al testador, pues con ello tan solamente se consigna una de las varias circunstancias que determinan la necesidad de que se haga dicha declaración. Por eso, cuando el Notario que autoriza el testamento se limita á consignar que los testigos instrumentales desconocen al testador, sin hacer declaración alguna respecto á la imposibilidad de identificación en la forma prevenida por el Código Civil, es manifiesta la nulidad del testamento, por no haberse cumplido las formalidades por aquel establecidas. (Sent. de 31 de Mayo de 1893).

Cuando del texto literal de una cláusula testamentaria no se desprende claramente la idea del testador, puede acudirse á examinar otros antecedentes para ver cuál fué la intención y voluntad del mismo. (Sent. de 27 de Mayo de 1895).



CAPITULO VII

Estudio del testamento común abierto



SEGUN tenemos dicho en el Capítulo anterior, para nosotros no hay más que dos formas en los testamentos llamados *comunes*, que son: *el abierto y el cerrado*; siendo todas las demás clases correspondientes á la categoría de los *especiales*, incluso el *ológrafo*, por las consideraciones allí expuestas y que no hay para qué repetir en este lugar. Conforme este nuestro criterio, y después de dejar expuestos los principios legales de aplicación general á todos ellos, vamos á proceder al examen de los primeros, comenzando por el llamado testamento *abierto*, ya que el Código Civil lo estudia en primer lugar, y es, por decirlo así, el primero y más generalizado que en la práctica se presenta.

Concepto del testamento común abierto.—Al concepto que del testamento tenemos dado en el Capítulo V, no hay que añadir aquí como aplicable al *abierto*, nada más que los términos comprensivos de las formalidades que le son propias, y así tendremos formado el concepto completo de lo que es el testamento común abierto, toda vez que lo dicho en el lugar de referencia define lo que podemos llamar el *género*, y aquí lo que se trata de definir es la *especie*. Pero como este procedimiento, aplicable á todas

las clases de testamentos, nos haría repetir más de lo conveniente el concepto de testamento en general, no usamos de él, limitándonos á dar una idea del testamento *abierto* por razón de las formalidades que le son propias, remitiendo al lector á lo dicho sobre el otro extremo en el Capítulo citado.

Cuando el testador manifiesta por modo expreso su última voluntad ante Notario y tres testigos idóneos, se dice que el testamento es *abierto*. Así dice el Código Civil en su art. 679: «Es abierto el testamento, siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone».

Es decir, que este testamento recibe su nombre del carácter que en él predomina; esto es, de la particularidad ó circunstancia de ser conocida la voluntad del testador por todos los que á su otorgamiento concurren; en tanto que es oculta, como en su lugar diremos, en el testamento cerrado. Y hasta tal punto es propio del testamento *abierto* este carácter que le asignamos, que el Tribunal Supremo tiene declarado, que «la virtud y eficacia del testamento abierto consiste en la paladina manifestación del testador, ya la anuncie oralmente, ya por la lectura de un papel, cédula, apunte ó memoria, para que todos los asistentes al acto la entiendan y recuerden en los casos prescritos por derecho»: y también que «en el testamento nuncupativo otorgado ante Escribano público, es indispensable para su validez que los testigos presentes, *á lo ver otorgar*, se enteren de su contenido, leyéndoles íntegramente, á presencia de los otorgantes, sin que pueda serles reservada parte alguna del mismo.

Formas del testamento abierto, según el Derecho histórico.— Es el testamento abierto, antes llamado también *nuncupativo*, uno de los modos de testar más antiguos y comunes que en la historia de nuestra Legislación se conocieron, pues importado del Derecho romano por las Leyes de Partida, adquirió gran arraigo en la vida práctica, si bien fué objeto de grandes transformaciones, por lo que dice relación á las formalidades con que debía otorgarse; pues así vemos, que mientras la mencionada legislación de Partidas exigió la institución de heredero como so-

lemnidad interna y absolutamente necesaria para la validez del testamento, como cabeza y fundamento que era del mismo, y la presencia simultánea y en un solo acto de siete testigos rogados y convocados expresamente, para manifestar en su presencia el testador su última voluntad, siendo éste visto y entendido por los testigos, como solemnidades externas; la Ley única, tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá, simplificó grandemente estas formalidades, y con el fin de facilitar la testamentifacción activa, se separó por completo del sistema romano en cuanto á las solemnidades tanto internas como externas de los testamentos, desentendiéndose de varios principios, que nacidos de sutilezas de los romanos, habían sido aceptados por las Leyes de Partida. Estas leyes no admitían más que una forma de testar nuncupativamente, que era, según queda indicado, ante siete testigos rogados; pero la citada Ley del Ordenamiento, aplicada por la III de Toro á los testamentos nuncupativos, y que después pasó á la Novísima Recopilación con el número 1º del tít. 18 del libro X, derogó esa *unidad* en la forma del testamento *abierto* proclamada por las Partidas, estableciendo *pluralidad* de formas para el mismo, y restringió las solemnidades de la manera que iremos dando á conocer en los Capítulos correspondientes. Según la ley á que nos venimos refiriendo, eran tres las formas de testar *nuncupativamente* (testamento abierto que hoy se dice), dos como principales y una como supletoria, que eran: 1ª ante Notario y tres testigos vecinos; 2ª ante cinco testigos, también vecinos, sin Notario; y 3ª ante tres testigos vecinos, cuando no pudieran ser habidos más, ni hubiera Notario en el pueblo. Pero como después D. Felipe II, introdujo una nueva forma para el testamento que estudiamos, por una Pragmática Sanción dada en Madrid el año 1566, consistente en poder testar ante siete testigos no vecinos, y sin Notario, aun cuando se pudieran hallar vecinos y hubiese en el pueblo dicho funcionario; nueva forma de testar que como las tres anteriores, fué aceptada por la Novísima Recopilación, resulta, que después de este cuerpo legal, han venido siendo hasta nuestros días cuatro las formas del testamento *nuncupativo ó abierto*.

Únicas formas del testamento abierto que el Código Civil reconoce.—La legalidad vigente no admite esta pluralidad de formas que en el testamento abierto admitía la Legislación histórica, pudiendo afirmar que las ha reducido á una sola, como principal, si bien para casos especiales admite otras dos; con lo cual vemos que los autores del Código se han separado de lo ordenado en la *base* 15 de la Ley de 11 de Mayo de 1888. Dicha forma consiste en otorgar el testamento abierto ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, y de los cuales uno, á lo menos, sepa y pueda escribir (1).

Decimos antes que á esta forma principal han quedado reducidas las varias que el Derecho histórico reconocía para el testamento nuncupativo, y así es con efecto; porque en el segundo párrafo del artículo antes citado se lee: «Solo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma sección». Estos casos son, si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, que puede otorgar testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario; y el caso de epidemia, en el cual puede otorgarse el testamento, sin intervención de Notario, ante tres testigos mayores de diez y seis años, varones ó mujeres (2).

Vemos, pues, que en este punto no conforma la conducta de los modernos legisladores, ni con los precedentes de nuestro Derecho civil, ni con lo que ordenado les tenía la *base* de la ley citada; porque aunque en realidad admiten más de una forma en el testamento abierto, como dos de las tres que señalan solo tienen aplicación en casos especiales, puede con razón decirse que es una sola la forma ordinaria del testamento abierto. La primera de las que podemos llamar extraordinarias, y que apuntada dejamos, concuerda con la segunda de las antiguas; pero en su aplicación tiene una consideración muy distinta de la que en la Legislación histórica tenía, porque allí podría usarse de ella indis-

(1) Art. 694 del Código.

(2) Artículos 700 y 701 del Código Civil.

tintamente con la primera, que requería solo la asistencia de tres testigos, interviniendo Notario; en cambio que ahora no puede hacerse uso de ella sino con carácter supletorio y siempre en caso extraordinario.

La segunda especial de hoy no tiene concordante en el Derecho histórico, representa completa novedad, lo mismo por razón de la edad de los testigos, que por la particularidad, bien rara por cierto, de poderlo ser las mujeres. Tiene solo, como la anteriormente indicada, una aplicación extraordinaria y circunstancial.

Modos de manifestar el testador su voluntad en el testamento abierto ordinario.—El testador puede manifestar su postrera voluntad en esta clase de testamento, de dos modos: verbalmente ó por escrito. Si lo hace en primera forma, presentes los testigos y el Notario, irá éste redactando lo que el testador exprese; y cuando el testador que se proponga hacer testamento abierto presente por escrito su disposición testamentaria, el Notario redactará el testamento con arreglo á ella. En uno y otro caso deberán cumplirse cuantas formalidades y requisitos explicaremos á continuación; pues aunque no lo dice así expresamente la ley, por el desorden con que formula sus preceptos en este punto, es afirmación que podemos hacer sin temor á equivocarnos.

Esta doble forma en la manifestación del testador en el testamento que estudiamos, es una novedad en el Derecho vigente, pues el anterior solo admitía que aquél manifestara su última disposición de viva voz; novedad que no es contraria al requisito de que los testigos han de *entender* al testador, como á primera vista parece, porque como después ha de darse lectura al testamento, para que aquél manifieste si es conforme con su voluntad, y también ellos pueden leerlo por sí, facil les es *entender*, que aquello que consta escrito es el contenido propio de la voluntad del testador, después de observar que nada opone á ello.

Requisitos exigidos por la legalidad vigente en la forma común del testamento abierto.—En la forma del testamento abierto que como principal decimos admite el Código Civil, tanto el Notario como los tres testigos que han de asistir al otorgamiento, necesitan reunir determinadas condiciones para que el testamento que

autorizan sea válido. El Notario, dice la ley, ha de ser hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, lo cual equivale á decir, que dicho lugar ha de estar enclavado dentro de la demarcación Notarial en que aquél ejerza sus funciones.

Los testigos han de ser idóneos, según términos de la misma ley; es decir, que han de reunir las condiciones precisas de capacidad, como son: el ser mayores de edad, varones, vecinos ó domiciliados en el lugar donde el testamento se otorgue, que estén en su sano juicio, y en general, que no les comprenda ninguna de las causas de incapacidad que dejamos estudiadas. Se dice también en el precepto legal de referencia (1), que los testigos *vean y entiendan* al testador; esto es, que estén en relación de presencia con él, y se penetren con toda verdad de los términos en que expresa su voluntad, para evitar suplantaciones y supercherías.

También se exige que de los testigos comparecientes uno, á lo menos, sepa y pueda escribir, quien firmará por los demás, caso de que no puedan, como igualmente por el testador, si declarando que no sabe ó no puede hacerlo, no designa otra persona extraña para que lo haga, dando fé de ello el Notario.

En el testamento se ha de hacer expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento; formalidad que es de extraordinaria importancia, porque mediante ella podrá decidirse la competencia del Notario que lo autorice, y las cuestiones que puedan surgir respecto á la capacidad del testador: así mismo es importante para los efectos de la revocación de otro testamento anterior por ese, ó de este por otro posterior.

Requíerese también, que el Notario haga constar que, á su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento: y dará fé de haberse cumplido todas las formalidades y de conocer al testador y los testigos.

Una vez redactado el testamento (2), se dará lectura de él

(1) Art. 634 del Código Civil.

(2) Adviértase que nos referimos solo á la forma principal y ordinaria del testamento abierto, pues las otras las estimamos como especiales y las estudiaremos más adelante.

por el Notario, en alta voz y á presencia de los testigos y testador, para que éste manifieste si su contenido es la expresión de su última voluntad; y hecho esto, se autorizará el testamento, firmando el testador, los testigos y el Notario, poniendo éste además su signo.

La diversidad de términos que la ley emplea hablando de cuándo y cómo debe suplirse la firma del testador y la de alguno ó algunos de los testigos, ha dado origen á una cuestión que los tratadistas proponen, cual es, la de si podrá otorgarse testamento válido abierto cuando solo uno de los testigos *sabe* firmar; pues mientras del testador dice que cuando *no sepa ó no pueda* firmar, lo hará por él y á su ruego, uno de los testigos instrumentales ú otra persona, dando fé de ello el Notario, al hablar de los testigos dice que lo mismo se hará cuando alguno de ellos *no pueda* firmar. Hay quien sostiene la negativa, fundándose en las siguientes razones: 1^a El testamento ha de autorizarse por cada una de las personas que intervienen en el acto del otorgamiento: y consistiendo la autorización en la firma y rúbrica, no puede ser completa cuando falte la de uno ó dos testigos. Y 2^a Procediendo la validez del testamento de la observancia de los requisitos legales, que en el abierto son la presencia del testador, Notario y testigos, la firma de cada uno de ellos y todos los demás anteriormente indicados, aunque el Notario dé fé de la circunstancia de no poder firmar alguno de los testigos, no se observan todos los requisitos exigidos por la ley.

A nuestro entender, ni puede presentarse verdadera duda que origine cuestión en este punto, ni la solución negativa puede fundarse más que en sutilezas inadmisibles, siendo más sostenible la opinión contraria; esto es, que basta que uno solo de los testigos sepa firmar para que el testamento resulte válido, firmando por los que no sepan; de modo que en todo caso resulten cinco firmas y el signo del Notario. Para penetrarse de esto, basta con leer lo que al final del párrafo primero dice el art. 694: *....y de los cuales, uno, á lo menos, sepa y pueda firmar.*

Si en términos tan expresos habla el artículo que establece lo que pudiéramos llamar principios generales sobre el particular,

y entre las causas de incapacidad para ser testigo en un testamento no está escrita la de *no saber* firmar, no podemos menos de resolvernos por la afirmativa: á no ser que queramos ir contra lo preceptuado por el legislador en forma que no necesita interpretación y pretendamos establecer diferencias en este punto entre el testamento abierto y el cerrado, pues como en el siguiente Capítulo veremos, la ley admite la posibilidad de que en dicho testamento puedan ser testigos personas que no *sepan* firmar.

Como último y especial requisito exige la ley en la clase de testamento que venimos considerando, la *unidad de acto*, pues el art. 699 del Código, dice: «Todas las formalidades expresadas en esta sección se practicarán en un solo acto, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero».

Este requisito de la *unidad de acto* fué establecido por la Legislación romana, y era solemnidad tan indispensable en aquel Derecho la *unidad de contesto*, que de no cumplirla, quedaba nulo el testamento, lo cual se explica dado el carácter y trascendencia del testamento en aquel pueblo. De aquellas leyes la copiaron las de Partida, las cuales decían: «los omes que quieran facer testamentos, pues que los han comenzado ante los testigos, que no metan entremedias otros fechos extraños fasta que los hayan acabado; fueras ende si lo ovieran á facer por cosa que no pudieren escusar, así como si el dolor de la enfermedad los cuytasse en aquella sazón, ó se oviesen entonces gran menester de comer ó de beber é de venir á facer otra cosa que naturalmente non se pudiesse della escusar».

La famosa Ley única del título 19 del Ordenamiento de Alcalá, que tantas formalidades de las establecidas por el Derecho histórico derogó, dejó, sin embargo, subsistente la que ahora estudiamos, para el testamento nuncupativo, bien que debiendo entenderse que la establecía *en cuanto á la simultánea presencia de los testigos*.

Este requisito lo exigió también la Ley de Enjuiciamiento civil del año 1855, y de ella lo tomó la vigente en el día, de 3 de Febrero de 1881, estableciendo en el número 2º del art. 1,953:

«.....que los testigos, y el Notario en su caso, han oído simultáneamente de boca del testador, todas las disposiciones que quería se tuviesen como su última voluntad.....»

Ante estos precedentes, siquiera estuvieran algún tanto olvidados en la práctica, ha creído prudente el legislador actual no rectificar la conducta de sus predecesores, y ha confirmado expresamente el principio que por tanto tiempo habíase mantenido en las legislaciones escritas; aunque á decir verdad, no lo acepta con criterio cerrado y rigorista, pues puede suceder que el acto sea momentáneamente suspendido por causas ajenas á la voluntad de todos los que en él intervienen, sin que por esto haya de declararse nulo el testamento otorgado. Así se deduce del último inciso del párrafo primero del art. 699 á que antes hemos hecho referencia, y también de lo dicho por las Leyes de Partida; precepto que creemos debe interpretarse con la posible lenidad, ya que su uso en nuestras costumbres no ha sido siempre constante en la práctica, ni era requisito del cual hubiera de depender la validez del acto.

Vemos, pues, que con este requisito de la *unidad de acto* no ha importado el legislador moderno ningún nuevo elemento al testamento.

Se presenta por algunos la cuestión de si se estimaría quebrantada la unidad de acto exigida por la ley, recibiendo el Notario las instrucciones ó minuta con arreglo á la cual ha de redactar éste el testamento, y redactándolo en sitio y día distintos, se reunieran después todos los que habían de autorizarlo, y dando lectura de él al Notario se firmara por todos.

Hay quien en este punto opina que el testamento así otorgado carecería de la formalidad que representa la *unidad de acto*, porque fijándose en la letra de la ley, dicen que el testador debe expresar su voluntad ante el Notario y testigos ó presentarla por escrito, después de lo cual el Notario redactará el testamento, y hecho esto, leído que sea por el Notario y aprobado por el testador, se autorizará por todos con las firmas. Dicen que todos estos momentos y formalidades del testamento abierto han de practicarse en un solo acto, no en momentos consecutivos, y que

por tanto sería nulo el testamento hecho en las condiciones indicadas.

Nosotros creemos que no es aceptable esta solución; porque reunidos después el testador, Notario y testigos, é informados todos de lo que el testamento contiene mediante la lectura que del mismo ha de hacer el Notario, si aquél, el testador, nada opone á ello, puede reducirse el caso á aquel que expresamente reconoce la ley de dar el testador su disposición testamentaria por escrito, para que el Notario redacte el testamento y leído este después en alta é inteligible voz por el Notario, lo autoricen todos con su firma. Y no se diga que en este caso no se evitaría lo que la ley trata de evitar con esta formalidad, que es la su-plantación de la voluntad del testador, porque como después ha de leerse en la forma dicha, y además todos los que lo han de firmar tienen derecho á leerlo por sí, resulta que el fraude no es posible, y si lo es en esta forma, lo será igualmente cuando dada en minuta escrita la disposición testamentaria, el Notario la redacta con arreglo á ella.

Pero una cosa es que el precepto que ordena esta formalidad se aplique con lenidad, y otra cosa muy distinta oponerse á su subsistencia, como pretenden algunos comentaristas del Código Civil, pues las razones que para ello alegan carecen de toda fuerza. Dicen los que así opinan, que habiendo derogado la Jurisprudencia la solemnidad de acto que las Leyes de Partida sancionaron y las posteriores reconocieron, es prueba de que no tuvo arraigo en nuestras costumbres, ni debe estimarse como subsistente en la época presente: y además,—añaden—que admitido este requisito se incurre en la inconsecuencia de admitir que por un testamento ológrafo pueda derogarse otro público y solemne otorgado anteriormente.

Estas observaciones no tienen ningún valor, porque el que la Jurisprudencia anterior al Código hubiera derogado la formalidad de referencia, nada indica para que hoy haya de seguirse aquel criterio, pues aun admitiendo que la doctrina por ella establecida estaba á la sazón vigente, que ya sabemos que así no pasa, no tendría otra consideración que la de una *costumbre fue-*

ra de ley después de la publicación del Código Civil, por tener este ordenado expresamente lo contrario, y en tal caso sabido es que carece de fuerza, máxime hoy que la ley tiene proclamado el principio de que las leyes solo por otras leyes posteriores se derogan, sin que pueda prevalecer contra su observancia el desuso, ni la costumbre ó la práctica en contrario; y que son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez: es así, que lo ordenado por el Código en el punto que estudiamos no ha sido derogado por ley posterior, ni en él se ordena que valga en caso alguno prescindir en absoluto del cumplimiento de la formalidad de la *unidad de acto* en el otorgamiento del testamento abierto; luego es de todo punto inadmisibile la opinión que rebatimos: debiendo entender que tal requisito es de rigor que se cumpla, bien que pudiendo ser interrumpido momentáneamente y por accidente según es espíritu del precepto legal, concordante con sus precedentes. Y por lo que respecta á que de admitir la *unidad de acto* se incurre en la inconsecuencia de que un testamento ológrafo pueda derogar otro público y solemne, creemos que no hay tal inconsecuencia y que así debe suceder, porque tan testamento es uno como otro, y por el legislador no se hace distinción de lo que puede disponerse en uno y otro, como tampoco al decir que el testamento anterior queda derogado por el posterior perfecto.

Legislación foral acerca del testamento nuncupative

Cataluña.—El Derecho catalán reconoce dos formas de testar nuncupativamente, que son: 1^a Ante Notario (Escribano que dicen aquellas leyes) y dos testigos, bastando con que uno de éstos sepa firmar: y 2^a Ante el Párroco y dos testigos. La primera podemos decir que es la forma ordinaria y principal del testamento abierto ó nuncupativo, y la segunda, se estima como su-

pletoria ó subsidiaria, porque solo es practicable cuando no puede tener lugar la primera.

Lo mismo en una que en otra clase del testamento nuncupativo se exigen varias formalidades, unas como reminiscencias del Derecho romano y otras que han sido establecidas por sus Constituciones propias; formalidades que pueden clasificarse en internas y externas; contándose entre las primeras, como la más importante, la institución de heredero, sin cuyo requisito el testamento es nulo, como igualmente si el instituido no acepta, ó es preterido un heredero forzoso: y son formalidades externas, la asistencia de Escribano (hoy Notario), ó en su defecto la del Párroco y dos testigos idóneos, los cuales han de ser llamados y rogados, debiendo ver y entender al testador y oír la lectura del testamento. Todas estas formalidades se practicarán en un solo acto, lo mismo que en Castilla.

Es de advertir que el requisito de la institución de heredero no se precisa en todo el territorio de Cataluña, pues el Derecho de la provincia de Barcelona difiere en esto de los otros, por no hacer depender la validez del testamento de la institución de heredero, así como tampoco rige en la mencionada provincia el principio de que no se puede morir parte testado é intestado en parte: diferencia que se explica por no haber aceptado tan íntegramente la doctrina de las Leyes de Partida, como la aceptaron las demás provincias de Cataluña.

El testamento nuncupativo llamado solemne, exige para su validez que se reduzca á escritura pública.

No habiendo Notario puede el Cura Párroco autorizar el testamento de sus feligreses, con asistencia de dos testigos; forma subsidiaria que nacida en la práctica, fué confirmada por la Real Provisión de 29 de Noviembre de 1736, que facultó á los Curas, Rectores ó sus Tenientes para autorizar testamentos en el antiguo Principado de Cataluña, siempre que no haya Escribano, y se haga en el papel sellado correspondiente. Este privilegio no ha sido derogado por la Ley del Notariado, ni por ninguna otra posterior, por lo cual está hoy vigente; sin que se exija que el testamento así hecho hayan de firmarlo el testador y los testigos,

siendo admisible que no sepan ó no puedan: se estima como bastante el testimonio del Párroco, quien cuidará de conservar en el testamento que lo autoriza él, por no haber Notario en el pueblo.

La Jurisprudencia tiene reconocida esta forma de testar, diciendo que: «según derecho privilegiado vigente, los Curas Párrocos y por su ausencia y enfermedad los Tenientes, pueden en lugares donde no haya Escribano Real ó Numerario, recibir y autorizar los testamentos, los cuales son válidos concurriendo solo dos testigos».

Aragón.—Lo mismo que en Cataluña se distinguen en Aragón dos formas en el testamento nuncupativo ó abierto: ante Notario y dos testigos, ó ante el Párroco é igual número de testigos. La primera es forma ordinaria y solemne; la segunda es menos solemne y tiene carácter de subsidiaria, por ser solo practicable cuando la primera no puede tener lugar.

Las formalidades comunes á ambas se hallan más simplificadas que en el derecho catalán, por poder manifestar el testador su voluntad de palabra ó por escrito, y no ser necesaria la unidad de acto.

Las Observancias aragonesas determinan que en el testamento nuncupativo otorgado ante Notario, se haga expresión del lugar y fecha del otorgamiento, debiendo firmarlo con él el testador y los testigos, firmas que pueden ponerse en distintos tiempos, por no exigirse la *unidad de acto*.

En cuanto á poder manifestar el testador su voluntad de palabra ó por escrito, rigen idénticos principios que en Castilla.

Ante el Párroco y dos testigos no se puede otorgar testamento nuncupativo en Aragón, sino cuando no hay Notario en la localidad, ó cuando no puede esperarse hasta su llegada por el estado especial del testador; habiendo de distinguir en cuanto á las formalidades que en este caso han de practicarse, según que el otorgamiento se haga ó no en poblado, pues si tiene lugar en despoblado, pueden ser testigos los varones de siete años, si no los hay de otra clase; y en defecto de todos bastará con que asista el Párroco y una mujer que goce de buena fama y reputación.

El testamento así otorgado requiere la formalidad de la *adveración*; formalidad que como decimos en el Capítulo anterior, consiste en una especie de ratificación de la disposición testamentaria, por declaración de los testigos y Párroco ante el Juez y Escribano. Esta ritualidad se practica en la forma siguiente: se constituye el Juzgado en la puerta de la iglesia á que correspondía la vecindad del testador, y leída la disposición testamentaria por el Actuario, el Cura y los testigos que intervinieron en él jurarán sobre los Evangelios que el escrito que se ha leído contiene la verdadera voluntad del testador, el cual les rogó la confirmación dando su testimonio; y si se prueba de ese modo que el testador tuvo el propósito serio y deliberado de otorgar su última disposición, que los testigos y el Párroco han oído de boca del testador todas las disposiciones que quería se tuviesen como su última voluntad, ora la manifestara de palabra, ora por escrito, y que los testigos fueron en el número y calidad que exige la ley, el Juez dictará auto declarando testamento lo que de dichas manifestaciones resulte, con la calidad de sin perjuicio de tercero, y mandará protocolizar el expediente en la Notaría que corresponda (1).

Si el testamento no se *advera* con las debidas formalidades no hace fé, y aun averdado puede redargüirse de falso, y entonces ha de confirmarse ante la justicia y hombres buenos del lugar para que quede firme como escritura pública.

Navarra.—Según la legislación de Navarra, el testamento nuncupativo puede revestir tres formas: 1ª ante Notario y dos testigos que entiendan al testador; 2ª ante el Cura Párroco de la población ú otro cualquier clérigo y dos testigos; 3ª ante tres testigos idóneos, si no puede asistir el Párroco ni otro clérigo.

La primera de estas formas es la común y principal, siendo subsidiarias las otras dos; y aun entre estas hay cierta prelación, en cuanto que no puede usarse de la tercera más que cuando no

(1) Así lo dice la Ley de Enjuiciamiento civil, siendo de aplicar también al caso la R. O. de 4 de Febrero de 1867.

es posible la aplicación de la segunda. El ejercicio de estas dos supone que es impracticable la primera, pues solo cuando esta no puede tener lugar pueden aplicarse aquellas, bien que según el orden indicado. De no observarse este orden, el testamento llevaría vicio de nulidad, pues la Ley X, tít. 13, libro III de la Novísima Recopilación de las Leyes de Navarra, declara que es nulo el testamento otorgado en la segunda ó tercera forma, cuando no se demostró que eran impracticables las formalidades de la primera.

Como la primera de las formas indicadas es una verdadera escritura pública, dedúcese que ha de otorgarse con todos los requisitos propios de los documentos de esta clase; y por tanto, que el Notario dará fé del conocimiento del testador, y de que, á su juicio, se halla con la necesaria capacidad para otorgar testamento.

Las otras dos formas subalternas ya hemos indicado los requisitos que requieren, siéndoles necesario otro posterior para que tengan la consideración y el carácter de documentos públicos: el *abonamiento*. Este requisito implica la práctica de diligencias análogas á las de la *adveración* en Aragón, por ser en el fondo solemnidades semejantes: consiste en la declaración y reconocimiento que bajo juramento hacen el Párroco y testigos, ante el Juez de primera instancia, del testamento que por ellos se autorizó. Esta formalización ha de cumplirse dentro de un año á contar desde la muerte del testador y á su práctica podrán asistir todos los que tengan interés en la sucesión.

Vizcaya.—En el territorio de Vizcaya existe por el Fuero el testamento nuncupativo, el cual puede revestir dos formas: una ordinaria, cuyas solemnidades son, la asistencia de Notario y dos testigos; y otra extraordinaria, que no requiere más que la asistencia de dos testigos varones y una mujer de buena fama, debiendo ser llamados y rogados para ello. Pero no se puede decir que una sea forma principal y otra subsidiaria, porque no es que haya de practicarse una en defecto de otra, sino que se distinguen por el territorio á que se aplican: la primera está establecida pa-

ra país poblado, y la segunda para los vecinos de pueblos de la montaña, en atención á los inconvenientes que la primera puede presentarles.

La segunda forma presenta la extraordinaria particularidad de concurrir como testigos una mujer y dos varones. Ha de elevarse á escritura pública para que tenga validez, y esto ha de hacerse en el término de 60 días, si el heredero y los testigos residen en el Señorío, ó desde que regresen si estuviesen ausentes al ocurrir el fallecimiento del testador, debiendo tramitarse el expediente en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento civil.

Como el término de los 60 días es fatal, á contar desde el fallecimiento del testador, para que los testigos se ratifiquen á presencia del Juez y con citación de los herederos abintestato, con el fin de evitar que el testamento quede nulo si no pudiera cumplirse con este requisito en ese perentorio plazo, se admite que el interesado pueda acudir al Juez competente, nombrando los testigos y demostrando que están ausentes, pero que se encontraban presentes cuando el testamento se otorgó. En este caso es cuando únicamente puede aplazarse la presentación de los testigos para que se ratifiquen.

DOCTRINA LEGAL

Art. 694. El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, y de los cuales uno, á lo menos, sepa y pueda escribir.

Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma sección.

Art. 695. El testador expresará su última voluntad al Notario y á los testigos. Redactado el testamento con arreglo á ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento, se leerá en alta voz, para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador y los testigos que puedan hacerlo.

Si el testador declara que no sabe ó no puede firmar lo hará por él, y á su ruego, uno de los testigos instrumentales ú otra persona, dando fé de ello el Notario. Lo mismo se hará cuando alguno de los testigos no pueda firmar.

El Notario hará siempre constar que, á su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

Art. 696. Cuando el testador que se proponga hacer testamento abierto presente por escrito su disposición testamentaria, el Notario redactará el testamento con arreglo á ella y lo leerá en voz alta

en presencia de los testigos, para que manifieste el testador si su contenido es la expresión de su última voluntad.

Art. 697. El que fuere enteramente sordo deberá leer por sí mismo su testamento; y, si no sabe ó no puede, designará dos personas que lo lean en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del Notario.

Art. 698. Cuando sea ciego el testador se dará lectura del testamento dos veces: una por el Notario, conforme á lo prevenido en el art. 695, y otra en igual forma por uno de los testigos ú otra persona que el testador designe.

Art. 699. Todas las formalidades expresadas en esta sección se practicarán en un solo acto, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero.

El Notario dará fé, al final del testamento, de haberse cumplido todas las dichas formalidades y de conocer al testador ó á los testigos de conocimiento en su caso.

APLICACION PRACTICA

Aunque el hecho de la redacción del testamento fuera anterior al otorgamiento del mismo, no deja de existir unidad de acto, siempre que el testador manifieste claramente su propósito al Notario y los testigos; porque ni el art. 685, ni ningún otro, del Código Civil, prohíbe que, como diligencia previa al otorgamiento, útil y necesaria muchas veces por la extensión é importancia de las cláusulas testamentarias, el testador participe su voluntad al Notario para que se redacte por éste con estudio y detenimiento que garanticen en el acto solemne del otorgamiento la exactitud y claridad con que ha de expresarse la libre y espontanea voluntad del testador. Observándose las demás formalidades el testamento será válido, debiendo, sí, expresarse el lugar, año, mes, día y hora, leyéndose en alta voz para que el testador manifieste si la redacción está conforme con su voluntad, firmándose en el acto, si lo estuviera, por el testador y los testigos que puedan verificarlo, y haciéndose constar siempre por el Notario que, á su juicio, se halla el testador con la capacidad legal indispensable para testar.



CAPITULO VIII

Estudio del testamento común cerrado



A segunda y última clase que en los testamentos comunes distinguimos, es la del testamento *cerrado*, cuyo estudio vamos á realizar en el presente Capítulo, y al efecto comenzaremos por indicar su concepto, haciendo á continuación algunas consideraciones sobre lo que ha sido esta forma de testar en la historia de nuestra Legislación, y exponiendo después cuanto dice relación á la doctrina legal porque hoy se rige.

Concepto del testamento común cerrado.—De la misma manera que al hablar del testamento común *abierto* en este punto, decimos aquí que para formar el concepto del *cerrado*, no hay más que añadir al concepto de testamento en general los términos comprensivos de las formalidades que le son propias, con lo cual podrá formarse idea completa de lo que es el testamento común *cerrado*. Mas por igual razón de no repetir más de lo conveniente conceptos que se completan, nos limitaremos á dar una idea de lo que es esta forma de testar, en consideración á las formalidades que de él se predicán por la Ley positiva.

Según ella (1), el testamento es cerrado cuando el testador,

(1) Art. 680 del Código Civil.

sin revelar su última voluntad, declara que esta se halla contenida en el pliego que presenta á las personas que han de autorizar el acto.

Carácter del testamento cerrado.—Del mismo concepto legal que del testamento *cerrado* se dá, se deduce que el carácter predominante del mismo es el de ser su contenido un *secreto* para el Notario y testigos que en su formalización intervienen, pues que el testador no les dá conocimiento de lo que su voluntad ha ordenado como testamento, sino que presenta este en pliego cerrado, manifestando que dicho pliego contiene su disposición testamentaria, y los testigos y el Notario solo de esta afirmación certifican y dan fé. Este desconocimiento de la voluntad del testador es lo que diferencia y ha diferenciado siempre de una manera esencial el testamento *cerrado* del *abierto*, pues que en las demás solemnidades se diferencian poco, si se exceptúa el número de testigos.

Precedentes históricos del testamento común cerrado.—Esta forma de testar reconoce un antiquísimo origen, y podemos decir que ha sido practicada en todos los pueblos civilizados; no siendo de extrañar que así haya sucedido, porque es la más conforme con esa tendencia en todo tiempo manifestada por el hombre, de que lo que él dispone para después de su muerte permanezca en secreto durante su vida, evitando así los efectos que la codicia humana, patrimonio de todos los hombres, pudiera hacer sentir al testador.

Los romanos conocieron y practicaron esta forma de testar, rodeándola de gran número de solemnidades, tanto internas como externas, cuyo estudio no detallamos aquí por no ir más lejos de lo que es nuestro propósito, y por ser idénticas á las exigidas por las Leyes de Partida, que citaremos.

El Código de las Partidas, aceptó esta clase de testamento tal cual lo habían regulado las leyes de Roma; y como dicho testamento responde á una verdadera necesidad práctica, por la consideración antes apuntada, ha vivido siempre en nuestras costumbres, cuando no en nuestras leyes, y por mucho tiempo han venido rigiendo las Partidas en este punto; pues aunque la famo-

sa Ley única, tit. 19 del Ordenamiento de Alcalá estableció nuevas solemnidades, de conformidad con las cuales habían de otorgarse los testamentos, sin distinguir á qué clase de estos se refería, por lo que nacieron dudas en la práctica, se dijo después por la III Ley de Toro, que las formalidades establecidas por el Ordenamiento, eran solo aplicables al testamento *abierto*, confirmando para el *cerrado* las que había fijado la Legislación de Partidas, que eran: la asistencia de Escribano y siete testigos, que con el testador habían de firmar y signar en la plica del testamento; la rogación de los testigos y la unidad de acto.

Para las Leyes de Partida no eran una misma cosa el testamento *escrito* y el *cerrado ó secreto*, á que daban el nombre de testamento *en poridad*. Diferenciábase este del *escrito*, en que en él era un verdadero *secreto* la voluntad del testador; teniendo de común ambas formas el tenerse que ordenar por escrito y ante siete testigos, con firmas y sellos. Por esto se dice, que según las Leyes de Partida, había dos formas de testar por escrito, pues en ambas se exigía el requisito de la escritura, aunque en realidad una sola de esas formas merecía el nombre de testamento *cerrado*, que era el llamado testamento *en poridad*.

Las Leyes de Toro no admitieron esta distinción, limitándose la III de ellas á decir, que «en el testamento cerrado, que en latin llaman *in scriptis*.... intervengan á lo menos siete testigos con un Escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento, ellos y el testador, si supieren ó pudieren firmar, é si no supieren, y el testador no pudiere firmar; que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas y el sello del Escribano».

En resúmen, podemos decir, que antes de la promulgación del Código Civil el testamento propiamente *cerrado* estaba sujeto en su otorgamiento á las formalidades siguientes: el que se proponía hacer testamento cerrado, escribía por sí, ó valiéndose de otra persona, su voluntad testamentaria, y colocado el escrito en pliego cerrado lo exhibía ante Notario y siete testigos idóneos, manifestándoles que aquel pliego cerrado contenía su última voluntad; de cuya manifestación se extendía acta notarial sobre la

misma cubierta del pliego, dando fé de ello el Notario, así como también del conocimiento de los testigos, firmando éstos con el Notario y testador, si sabían, y si no sabían ó no podían, firmaban los unos por los otros (los testigos) de manera que apareciera completo el número de firmas.

Capacidad exigida por el Código Civil para otorgar testamento cerrado.—Al estudiar la capacidad general para testar, vimos que la ley la determinaba por un procedimiento negativo; esto es, analizando las causas de incapacidad, deduciéndose de ello, que los no comprendidos en aquellas causas que examinamos pueden hacer testamento de cualquiera clase que sea, lo cual no es cierto, pues resulta que hay alguna otra causa de incapacidad para hacer testamento *cerrado*, de la cual no se habla en las incapacidades generales; incapacidad que habremos de estudiar aquí, porque también la ley usa de aquel procedimiento empleado al hablar de la capacidad en general para testar: deducirla por exclusión. Así, pues, podremos en conclusión afirmar, que los no comprendidos en aquellas circunstancias (art. 663) ni en la que ahora vamos á estudiar, se hallan capacitados para otorgar testamento *cerrado*.

La causa especial de incapacidad para el testamento que ahora estudiamos, y á la cual nos venimos refiriendo, no es otra que la de los ciegos y los que no sepan ó no puedan leer (1).

La razón de dicha incapacidad no es otra que el deseo en el legislador de prevenir posibles falsedades, cuando es persona extraña la que escribe el testamento; porque el testador no podría en este caso adquirir la plena seguridad de que esa persona á quien él ha comisionado para escribir su testamento, ha hecho constar en él con toda fidelidad su voluntad: razón que explica lo mismo la incapacidad del ciego, que la de los que no sepan ó no puedan leer.

Con el precepto que hoy formula el Código en el artículo citado, ha quedado resuelta una de las cuestiones más debatidas por los comentaristas é intérpretes de las Leyes de Toro, cuya

(1) Art. 708 del Código Civil.

primera duda consistía en si podría hacer testamento cerrado una persona que no supiese leer ni escribir; pues aunque esta cuestión no era posible según la letra de las Leyes de Partida, porque expresamente determinaban que pudieran hacer testamento cerrado los que no supieren ó no pudieren escribir, nació al interpretar la Ley III de Toro, la cual hacía la distinción de *no saber* y *no poder*, siquiera fuera solo al hablar de la firma del testamento por el testador y los testigos, dando á entender que no podían hacer testamento escrito aquellos que no supiesen, por lo menos firmar; porque al hablar de los testigos decía *si no supieren*, y cuando al testador se refería, añadía *si no pudiese firmar*.

Los que creían que según los términos de dicha ley no podían hacer testamento cerrado los que no pudiesen por lo menos firmar, fundaban su opinión en que tratándose de una ley que se dió precisamente para resolver dudas, no debía suponerse casual el uso de esas distintas locuciones, debiendo entender que el legislador admitía solo el caso probable de que el testador *no pudiese firmar*, pero no el de que *no supiese*. Indagando los intérpretes la razón de esta distinción, presumieron encontrarla en que la firma es signo ordinario de lectura; esto es, que se permitía testar por escrito al que sabía firmar, porque ordinariamente los que firman saben leer; deduciendo que la ley buscaba en la firma la garantía de la lectura, para evitar que el testador fuera inducido á engaño, como podría serlo cuando no supiese leer, no obstante que el testamento se escribiese á su presencia, por lo fácil que es sustituir unos nombres y cláusulas por otros. Esta opinión, sustentada, entre otros, por los Sres. Gutiérrez, Llamas y Pacheco, fué seguida por muchos autores; pero también hubo jurisconsultos que no la aceptaron, sino que por el contrario, siguiendo la doctrina de las Leyes de Partida, creían que los que no sabían ni podían escribir tenían capacidad para testar por escrito; y se fundaban en que refiriéndose las Leyes de Toro solo á los testamentos nuncupativos, según su juicio, los cerrados debían seguirse rigiendo por las prescripciones legales vigentes antes de su publicación, que no eran otras que las de aquel famoso Código.

Como se ve, ninguna de las leyes á que nos venimos refiriendo hablaba expresamente del caso de *no saber leer*, por más que todas ellas quisieron referirse á él, bien que lo hicieron en términos tan poco expresos, que lejos de resolver las dudas y cuestiones las avivaron.

Mas no fueron las Leyes de Partida ni las de Toro las que establecieron en esta cuestión los principios más peligrosos; porque cuando no en su letra, en su espíritu estaba que no pudiera hacer testamento el que no supiese leer, por lo expuesto que era al fraude el criterio contrario: la más perjudicial doctrina la estableció la Jurisprudencia, y especialmente la Sentencia de 6 de Abril de 1877, que declaró, sin distinción de casos, que podía testar por escrito el que no sabía leer ni escribir.

Los autores del Código Civil, con mejor criterio, han establecido el principio de que no pueden hacer testamento cerrado los que *no sepan ó no puedan leer*, así como también los que carecen del sentido de la vista; porque es la única manera de evitar suplantaciones, pues como acertadamente observa D. Modesto Falcón en su bien escrito libro de Derecho civil, ninguna diferencia sensible existe entre el ciego y el que no sabe leer. El uno porque no ve, y el otro porque no entiende lo que ve, ignoran lo que contiene el pliego que suponen su testamento.

Solemnidades del testamento cerrado, según el Código.—Estas solemnidades pueden referirse á dos extremos distintos, ambos estudiados por la Ley positiva: á las formalidades propias del testamento en sí, ó á las del acto de su otorgamiento. Las primeras son las comprendidas en el art. 706 del Código Civil, siendo las segundas las que estudia el 707.

La primera disposición citada dice: «El testamento cerrado podrá ser escrito por el testador, ó por otra persona á su ruego, en papel común, con expresión del lugar, día, mes y año en que se escribe.

Si lo escribiere por sí mismo el testador, rubricará todas las hojas y pondrá al final su firma, después de salvar las palabras enmendadas, tachadas ó escritas entre renglones.

Si lo escribiere otra persona á su ruego, el testador pon-

drá su firma entera en todas las hojas y al pié del testamento.

Cuando el testador no sepa ó no pueda firmar, lo hará á su ruego y rubricará las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad».

Como vemos, el artículo transcrito estudia tres casos ó formas en el testamento cerrado: 1º cuando el testador lo escribe y firma de su puño y letra; 2º cuando el testador encarga su escritura á otra persona, firmando y rubricando él todas las hojas y al final; 3º cuando el testador encarga á otra persona que escriba el testamento, no sabiendo ó no pudiendo él firmarlo.

En dichas tres formas se observa como necesaria solemnidad del testamento *cerrado* la escritura, por cuya razón se le ha llamado también testamento *escrito*; escritura que podrá tener lugar en cualquiera clase de papel, pues al mencionar la ley el papel común, no quiere decir, como algunos han querido entender, que *necesariamente* ha de ser de dicha clase aquel en que se escriba el testamento cerrado; interpretación que nos parece de todo punto inadmisibile, porque lo que la ley quiere decir es, *que valdrá el testamento cerrado, cualquiera que sea la clase de papel en que se escriba*. Y no solo creemos aceptable cualquiera clase de papel sellado para el testamento cerrado, sino que entendemos y aconsejamos que siempre que sea posible se emplee papel del sello del año correspondiente, porque solo así podrá tener aplicación lo ordenado en el art. 715 del mismo Código, que dice: «Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia ó de negligencia ó ignorancia inexcusables. Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento».

Si, pues, para que valga como testamento ológrafo ha de reunir los requisitos de este, justo es reconocer que no solo es admisible el papel sellado para el testamento cerrado, sino que puede ser necesario en algún caso.

El requisito de hacer constar el lugar, día, mes y año en que se otorgue, es necesario lo mismo para fijar la competencia del Notario que para comprobar si el testador tenía ó no capacidad para testar en la forma que lo hizo, cuando otorgó el testamento cerrado. Pero adviértase, que aun cuando este es requisito ó solemnidad que debe cumplirse al escribir el testador ú otra persona por su encargo el testamento, la formalidad de esta clase á que debe atenderse, es decir, la que debe estimarse como más exacta, es la consignada en el acta de otorgamiento, pues como veremos á continuación, también se hará expresión en dicha acta del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento. De modo, que si hubiera discrepancia entre estas fechas, debe entenderse que ha de prevalecer la del acta, porque al escribirla no pudo darse el error con tanta facilidad como al consignarla en el testamento: y hasta tal punto es este el criterio más racional y comunmente seguido, que hay Códigos modernos que han prescindido de este requisito al escribir el testamento, por creer que basta con cumplirse al formalizarlo ante el Notario y testigos, haciendo expresión de dicha formalidad en el acta notarial que se extiende sobre la cubierta cerrada del testamento.

Dícese por la ley, que si el testador escribiere por sí mismo el testamento, rubricará todas las hojas y pondrá al final su firma, salvando antes las palabras enmendadas, tachadas ó escritas entre renglones. Esto ha dado motivo para que algunos escritores se hagan la pregunta de si será válido el testamento cuyas hojas no aparecen rubricadas.

Nosotros creemos que por la omisión de esta formalidad, si todas las demás se cumplieron, no se anularía el testamento, porque al decir el Código Civil en su art. 715 que será nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades por él prescritas, refiérese, no á las solemnidades con que ha de escribirse, sino á las del otorgamiento, entre las cuales no figura la de que las hojas han de rubricarse.

Cuando el testamento cerrado lo escribiese otra persona á ruego del testador, dice la ley que éste firme todas las hojas y al pié del testamento; presentándose para algunos la duda de si se-

rá válido el testamento cerrado escrito por otra persona, si no se hace constar especialmente que lo escribió á ruego del testador.

Según nuestra opinión, tampoco en este caso se produce la nulidad del testamento por dejar de hacer constar tal circunstancia; por la doble consideración de no ser esta formalidad de aquellas cuya precisión produce la invalidación del testamento, al decir de la ley, y porque al hablar de este particular el Código en el párrafo 3º del art. 706, no exige que se haga constar que el que escribió el testamento fué *rogado* para ello, y dado el carácter de dicho precepto, entendemos que no debe interpretarse de una manera amplia, sino más bien restricta, y en tal caso no podemos menos de afirmar que el testamento valdrá, aunque no se haga constar dicha circunstancia.

Por último, al hablar el Código en su art. 706, de las formalidades con que ha de escribirse el testamento cerrado, dice: «Cuando el testador no sepa ó no pueda firmar lo hará á su ruego y rubricará las hojas, otra persona, expresando la causa de la imposibilidad».

Esta declaración, contenida en el último párrafo del mencionado artículo, es una confirmación del principio de que hoy solo se admite como incapacidad especial para otorgar testamento cerrado la de los que no sepan ó no puedan leer, y que en cambio pueden hacerlo los que no sepan ó no puedan escribir; con cuya declaración han quedado resueltas antiguas dudas, y rectificado el criterio que había informado á la Jurisprudencia, según antes dejamos explicado. Y es racional que así se admita por la Ley escrita, puesto que la lectura que el testador puede hacer de lo que él ordena y otro escribe como su testamento, es garantía suficiente para evitar el fraude y las suplantaciones.

Las solemnidades propias del acto de otorgar testamento cerrado, son las consignadas en el art. 707 del Código Civil, cuyo contenido es como sigue: «En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes:

1ª El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquel sin romper esta.

2^a El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, ó lo cerrará y sellará en el acto, ante el Notario que haya de autorizarlo y cinco testigos idóneos, de los cuales tres, al menos, han de poder firmar.

3^a En presencia del Notario y los testigos manifestará el testador que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito, firmado y rubricado por él, ó si está escrito de mano ajena y firmado por él al final y en todas sus hojas, ó si, por no saber ó no poder firmar, lo ha hecho á su ruego otra persona.

4^a Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que esté cerrado, y dando fé de haberse observado las solemnidades mencionadas, del conocimiento del testador ó de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686, y de hallarse, á su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

5^a Extendida y leída el acta, la firmarán el testador y los testigos que sepan firmar, y la autorizará el Notario con su signo y firma.

Si el testador no sabe ó no puede firmar, deberá hacerlo en su nombre uno de los testigos instrumentales ú otra persona designada por aquél.

6^a También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento».

Obsérvese con solo leer el artículo transcrito, que en este punto no ha introducido la Ley positiva ningún gran cambio en lo que preceptuado tenía el Derecho histórico; sin que esto quiera decir que no ha hecho algunas variaciones, que al propio tiempo de resolver antiguas dudas, han facilitado el otorgamiento del testamento cerrado.

La primera solemnidad de las que el artículo de referencia enumera, tiene por objeto hacer que sea una verdad eso que llamamos carácter distintivo del testamento cerrado, consistente en que el contenido de la voluntad del testador, expresada en el

testamento, sea un *secreto* para cuantas personas intervienen en su autorización, pues si de otro modo fuera sería muy accidental la diferencia entre este testamento y el abierto: y además, se busca también con esta formalidad el hacer menos facil la sustitución del pliego que contiene la voluntad del testador, por otro cualquiera; bien que esto es muy difícil de conseguirlo en absoluto, porque siempre la astucia encuentra recursos cuya evitación no es facil por fórmulas apriorísticas pensadas sin gran reflexión y escritas con no poca ligereza. De todos modos, en esta solemnidad á que aludimos, y en las que á continuación examinaremos, según el orden en que el legislador las expone, se descubre el deseo de la Ley positiva, de revestir con toda suerte de garantías esta clase de testamentos.

Esta solemnidad del cierre del testamento, podrá hacerla el testador antes de su comparecencia ante el Notario y testigos, ó á presencia de éstos; testigos que han de ser idóneos, y cinco en número, de los cuales tres, al menos, han de poder firmar.

Con esta declaración referente á los testigos ha quedado resuelta la cuestión suscitada por las antiguas leyes, acerca del número de éstos que habían de firmar en el testamento escrito ó cerrado, pues había quien, como Febrero, opinaba que bastaba que un testigo firmase por todos; en cambio que Colón afirmaba que eran indispensables tres; no faltando quien, con Matienzo, creía que la firma del Escribano suplía á la de todos los testigos, cuando éstos no sabían firmar. Como la ley solo decía *que si los testigos no supieren, que los unos firmen por los otros*, se originaron estas dudas y polémicas, las cuales no pueden presentarse en lo sucesivo, por haber terminado con ellas el texto expreso de la ley á que hacemos referencia.

Al presentar el testador el testamento en pliego cerrado al Notario y testigos, diciendo que en él se halla contenida su última voluntad, expresará si se halla escrito, firmado y rubricado por él, ó si está escrito de mano ajena y firmado por él al final y en todas sus hojas, ó si, por no saber ó no poder firmar, lo ha hecho á su ruego otra persona. Este requisito tiende á que haya la posible relación entre las solemnidades con que ha de escribirse el

testamento y el acta de su otorgamiento, haciendo más facil la comprobación de la voluntad del testador, y más difícil la su-plantación de esta.

El acta que el Notario ha de extender sobre la cubierta del testamento, de conformidad con lo que expresa el párrafo del número cuarto del art. 707 del Código, tiene por base la manifestación del testador, y solo de esa manifestación que hace es de lo que dá fé el Notario y testifican los testigos, no de que en efecto se contenga allí el testamento, pues á ellos les basta saber que el testador dice que tal pliego contiene su última voluntad. El requisito marcado en el mismo número del mencionado artículo, de expresar el número y marca de los sellos con que esté cerrado el testamento, no tiene otro objeto que facilitar la identificación posterior que del mismo ha de hacerse al fallecer el testador, y dificultar el fraude. Los demás extremos que comprende el número del artículo que examinamos, podemos decir que se refieren á los requisitos que en general han de cumplirse en todo testamento en que interviene Notario, de los cuales nos ocupamos en su lugar correspondiente, al hablar de las solemnidades comunes á los testamentos, á cuya doctrina nos remitimos.

En el acta de otorgamiento ha de hacerse constar el lugar, hora, día, mes y año en que se lleve á efecto, solemnidad que es de toda necesidad para determinar por ella la competencia del Notario, que ha de ser hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, y la capacidad del testador; pues aunque todo esto puede conseguirse con lo que en el mismo testamento ha de hacerse constar acerca de estos extremos, siempre resultará que al cumplir con ellos en el acta supondrán una mayor veracidad por la forma y condiciones en que se hace, y por eso decimos antes que en caso de divergencia se atenderá á lo que resulte del acta.

Extendida el acta con todas las formalidades que quedan explicadas, se dará de ella lectura en alta é inteligible voz por el Notario, y se procederá á su firma por el testador y testigos que sepan firmar, y la autorizará el Notario con su signo y firma.

Si el testador no sabe ó no puede firmar, dice la ley que

deberá hacerlo en su nombre uno de los testigos instrumentales, ú otra persona designada por aquél; y como nada dice cuando sean dos testigos los que no sepan ó no puedan (1), se pregunta por algunos, qué es lo que procede hacer en tal caso.

Nosotros creemos que en este supuesto deben firmar los testigos que sepan por los que no sepan ó no puedan, de modo que en el acta aparezcan siempre siete firmas con la del testador y Notario, mas el signo de éste, y para resolvernos en este sentido nos fundamos en las razones siguientes: 1ª Porque así está establecido para igual caso en el testamento abierto, y á igualdad de hechos deben corresponder iguales declaraciones de derecho: 2ª Porque así estaba declarado en el Derecho histórico, según hemos podido observar al examinar la Ley III de Toro; y 3ª Porque así se deduce que lo quiere el legislador, cuando dice que para la apertura y protocolización del testamento cerrado se observará lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento civil; la cual ley dice en el párrafo 2º del art. 1,960, que «si alguno de los testigos no supiere firmar y lo hubiere hecho otro por él, serán examinados los dos, reconociendo su firma el que la hubiera puesto». Y como esta doctrina no ha sido modificada por el Código, sino que por el contrario la ha confirmado en la forma expresa que acabamos de decir, hay que concluir que el silencio del legislador debe suplirse en la práctica, firmando unos testigos por otros, de modo que resulten siempre siete firmas y el signo del Notario; pero que los testigos cuya firma se sustituye, no sean nunca más de dos, porque en todo caso han de ser tres, al menos, los que sepan firmar, según expresa declaración de la ley.

Formalidades propias del testamento cerrado que otorgan los sordo-mudos y los que no pueden hablar, pero sí escribir.—A los que padecen de alguna de estas afecciones no les está prohibido hacer testamento cerrado; pero lo que sí exige la ley es que lo otorguen observando aquellas formalidades que á su juicio im-

(1) Esto solo puede suceder á dos de ellos, á lo sumo, porque ya sabemos que la ley exige que sepan firmar por lo menos tres.

plican garantía contra el fraude: dichas formalidades son las siguientes (1):

«1ª El testamento ha de estar todo escrito y firmado por el testador, con expresión del lugar, día, mes y año.

2ª Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, á presencia del Notario y de los cinco testigos, que aquel pliego contiene su testamento, y que está escrito y firmado por él.

3ª A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fé el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el art. 707, en lo que sea aplicable al caso.»

Vemos, pues, que la especialidad de los testamentos cerrados que otorgan las personas mencionadas estriba solo en que han de estar todos escritos y firmados por el testador, y que la manifestación que éste ha de hacer en presencia del Notario y testigos de ser aquel su testamento y de que está escrito y firmado por él, ha de formularse por escrito en la parte superior de la cubierta; siendo iguales en todo lo demás á la generalidad de los testamentos cerrados, é iguales han de ser, por tanto, los requisitos que para su otorgamiento y garantía en la custodia establece la Ley escrita.

Personas que pueden guardar el testamento cerrado.—El testamento cerrado, una vez cumplidas las formalidades que dejamos explicadas, debe conservarse con toda fidelidad hasta tanto que el testador fallezca y se proceda á su apertura para dar cumplimiento á la voluntad del testador expresada en él; y esa guarda ó custodia puede hacerse por el mismo testador, por el Notario autorizante, ó por una tercera persona, de la elección de aquél: así lo preceptúa el párrafo 1º del art. 711 del Código. Si el testador deposita el testamento en poder del Notario autorizante, dará éste recibo á aquél de la entrega, y la hará constar al margen ó á continuación de la copia del acta de su otorgamiento. Si lo retirase después el testador, firmará un recibo á continuación de dicha nota.

(1) Art. 709 del Código Civil.

Esta es la forma de custodia del testamento cerrado que nos parece más completa y eficaz para que no pueda desaparecer dicho documento en un momento determinado, con grave perjuicio de las personas llamadas en él á gozar de algún beneficio en la fortuna del testador, á quienes no correspondiera igual derecho por ministerio de la ley. Y decimos esto, porque aun suponiendo que el Notario tuviera igual deseo é interés que un particular en quien el testamento se depositara, de hacer que este desapareciera, siempre resultará que las formalidades con que se le hace entrega y su carácter de funcionario público, serán una mayor garantía para esperar de él mayor fidelidad en el depósito que se le confía; porque como del acta del otorgamiento ha de poner copia autorizada en el protocolo reservado, de la cual ha de mandar nota para la correspondiente inscripción al Registro de actos de última voluntad, y la nota de que en su poder queda depositado el testamento ha de ponerla al margen ó á continuación de la copia del acta del otorgamiento, resulta que es muy difícil que haga una suplantación, y además de difícil peligrosa, por las grandes responsabilidades que sobre él recaerían.

Quando el testador se reserva la custodia del testamento, ó la encomienda á otra persona, por mucha que sea la confianza que le inspire, siempre parece como que hay una mayor inseguridad de que el testamento llegue á producir sus efectos, pues no está á cubierto de asechanzas que pueden ser inspiradas por la codicia: el menor descuido puede dar motivo á una sustracción, y por consiguiente á que queden burladas cuantas formalidades ha querido la ley que se cumplan para rodear al testamento cerrado de toda clase de garantías. En estos casos es donde tiene aplicación aquel juicio del civilista Sr. Comas, cuando juzgando las solemnidades exigidas para el testamento cerrado decía: «No sé si acierto á explicarme con claridad; pero me parece lo mismo que si viéramos á dos niños que quisieran encerrar un pájaro en una jaula, adoptar toda clase de precauciones en la portezuela y en los costados de la jaula y dejarla luego sin techo.»

De la apertura y protocolización del testamento cerrado.—Para la apertura y protocolización del testamento cerrado se observará lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento civil (1), y como en realidad son diligencias ó formalidades diferentes las establecidas para una cosa y otra, habremos de considerarlas por separado.

I *Apertura del testamento cerrado.*—Como el testamento cerrado es, según ley, un *secreto* para toda persona que no sea el testador, se hace preciso que al fallecimiento de éste se haga manifiesto el contenido de su disposición testamentaria, á fin de que se cumpla aquella su voluntad que en el testamento hizo constar, en cuanto no se oponga á los dictados de la ley escrita, ni perjudique otros derechos legítimos: y para esto, preceptúa el Código Civil en su art. 712, que el Notario ó la persona que tenga en su poder un testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador, siendo responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia, si no lo verifica dentro de diez días; y como la no presentación puede obedecer á causas más punibles que la simple negligencia, como es el dolo, impone la ley una pena á más de la del resarcimiento de daños y perjuicios, para este caso, cual es: la pérdida de todo derecho á la herencia, si lo tuviere como heredero abintestato, ó como heredero ó legatario por testamento.

Estas declaraciones de la ley suponen una nota coactiva para hacer que el depositario de un testamento cumpla con el deber de devolver lo que solo en depósito se le entregó; requisito necesario para la práctica de las diligencias judiciales que dan al testamento cerrado el carácter y la consideración de documento público.

No dice el Código Civil quién es el Juez competente para recibir el testamento; pero como más adelante se remite á la Ley de Enjuiciamiento civil, para practicar conforme á ella las diligencias de apertura y protocolización del testamento cerrado,

(1) Art. 714 del Código Civil.

podemos asegurar que es Juez competente, el que lo sería para conocer en los juicios de testamentaría ó abintestato, ó sea, el del lugar en que hubiere obtenido el finado su último domicilio; y si lo hubiere tenido en el extranjero, será Juez competente el del lugar de su último domicilio en España, ó donde estuviere la mayor parte de sus bienes (1).

La presentación del testamento cerrado podrá pedirla el que tuviere conocimiento de haber sido otorgado el testamento y obrar en poder de tercero; debiendo jurar, si es persona extraña á la familia del finado, que no procede de malicia, sino por creer que en él puede tener interés por cualquier concepto.

Una vez presentado el testamento, el Actuario á quien corresponda conocer de este asunto, según el libro de repartimiento de negocios que en todo Juzgado se lleva para los turnos, examinará en el acto el pliego que contenga el testamento, y pondrá diligencia de su estado, describiendo minuciosamente los motivos, si existieren, para poder sospechar que haya sido abierto ó sufrido alguna alteración, enmienda ó raspadura. Esta diligencia la firmará también el presentante; y si no supiere, ó no quisiere, un testigo á su ruego en el primer caso, y dos testigos elegidos por el Actuario en el segundo (2).

Cumplida esta formalidad, y acreditado el fallecimiento del testador, el Juez acordará que sean citados con la posible brevedad el Notario autorizante y los testigos instrumentales, para que comparezcan á fin de reconocer el pliego presentado y declarar bajo juramento, si son suyas las firmas y rúbricas que con sus nombres aparecen en él. El Notario reconocerá además su signo.

La Ley de Enjuiciamiento civil dicta minuciosas y prudentes reglas para llevar á cabo dicho reconocimiento de las firmas y rúbricas, sellos y signos contenidos en la cubierta del testamento, distinguiendo los casos en que unos testigos hayan firmado por otros, y en que alguno de éstos, ó todos, y lo mismo el

(1) Adviértase que nos referimos al Juez de primera instancia y no al Municipal.

(2) Art. 1,958 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Notario, hayan fallecido; pues no quiere omitir medio para que sea una verdad la identificación del pliego que se presenta, y evitar en lo posible la suplantación del testamento. Por eso dice, que si alguno de los testigos no supiere firmar, y lo hubiere hecho otro por él, serán examinados los dos, reconociendo su firma el que la hubiere puesto.

Si alguno ó algunos de los testigos hubieren fallecido ó se hallaren ausentes, se preguntará á los demás si los vieron poner su firma y rúbrica, y se examinará además á otras dos personas que conozcan la firma y rúbrica del fallecido ó ausente, acerca de su semejanza con las estampadas en el pliego (1).

En el caso de haber fallecido el Notario que autorizó el otorgamiento, se cotejará por el Juez, asistido de peritos de su exclusivo nombramiento, el signo, firma y rúbrica del pliego ó carpeta, con las estampadas en la copia que debe existir en el Registro especial de los testamentos cerrados, para lo cual se trasladará el Juez al sitio en que se halle, y no siendo posible dará comisión á quien corresponda.

Si el otorgamiento hubiere sido anterior á la Ley del Notariado, el cotejo se hará con otras firmas y signos indubitados del mismo Notario (2).

Cuando el Notario y todos los testigos hubieren fallecido, se abrirá información acerca de esta circunstancia, de la época de la defunción, concepto público que merecieran, y de si se hallaban en el pueblo cuando se otorgó el testamento (3).

Una vez practicadas cuantas diligencias quedan indicadas, á las que podemos llamar con propiedad *diligencias preparatorias*, procederá el Juez á la apertura del pliego, á no ser que en la misma carpeta hubiese dispuesto el testador que no se abra hasta una época determinada, en cuyo caso el Juez suspenderá la continuación de la diligencia, y mandará archivar en el Juzgado las practicadas y el pliego, hasta que llegue el plazo designado por

(1) Art. 1,962 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(2) Art. 1,963 id. id.

(3) Art. 1,964 id. id.

el testador. Si esta prevención no existiera, el Juez, rompiendo la cubierta, sacará y leerá el pliego que contiene, en voz baja, por si contuviere alguna disposición reservada, por voluntad del mismo testador; y después lo entregará al Actuario para que lo lea en alta voz, en todas aquellas cláusulas que no fueren reservadas. Esta diligencia de apertura y lectura del pliego podrán presenciarse, si lo tienen por conveniente, los parientes del testador en quienes pueda presumirse algún interés, sin permitirles que se opongan á su práctica por ningún motivo, aunque presenten otro testamento posterior (1).

Se observará que en este punto de la apertura no decimos, como indica la Ley de Enjuiciamiento civil, que se suspenderá por el Juez, cuando de las diligencias preliminares resultase que es nulo el testamento por no haberse otorgado con las solemnidades de ley; porque del contenido del art. 715 del Código Civil se deduce, que hoy ha de abrirse todo testamento cerrado, salvo si por voluntad del testador debiera aplazarse la apertura hasta época determinada. Así ha de hacerse, según nuestra opinión, si ha de admitirse que por algo dice el legislador en el último párrafo del mencionado artículo: «Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador, y tuviese las demás condiciones de este testamento». Para ver si reúne ó no estas condiciones preciso es examinarlo, y para ello es requisito necesario, en todo caso, sacarlo del pliego en que está contenido. Esta nos parece la interpretación más lógica del precepto de referencia.

II *De la protocolización del testamento cerrado.*—Esta formalidad tiene efecto después de practicadas cuantas diligencias dejamos explicadas referentes á la presentación y apertura del testamento, pues según el art. 1,968 de la Ley de Enjuiciamiento civil, leído el testamento el juez dictará auto mandando que se protocolice con todas las diligencias originales de la apertura en los Registros del Notario que hubiere autorizado su otorgamiento, y que se dé copia de dicho auto al que lo hubiere presentado para su resguardo, si la pidiere.

(1) Art 1,965 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Nada dice la Ley procesal, ni el Código Civil, de dónde ha de hacerse la protocolización cuando el Notario que autorizó el nombramiento hubiere fallecido antes de la apertura, cuyo silencio debe suplirse con lo preceptuado para estos casos por la Ley Notarial.

La formalidad de la protocolización, lo mismo que la de la apertura, aun practicada con todas las solemnidades de ley, nada prejuzgan acerca de la validez del testamento, pues caso de impugnarse habrá de seguirse un juicio civil ordinario.

Legislación foral acerca del testamento cerrado

Cataluña.—El testamento cerrado en Cataluña está regulado por principios distintos á como lo está en Castilla, si bien puede decirse que esa diversidad se presenta más en lo accidental que en lo esencial de esta forma de testar, á excepción del requisito de que el mismo testador ha de escribir su testamento. Una vez así escrito ha de presentarse en un pliego de papel sellado y cerrado, en el cual se redactará el acta que han de suscribir el testador, dos testigos y un Notario; pues aunque por antiguas prácticas bastaba con que el testador entregara el pliego al Notario, quien ponía una nota sencilla en la cubierta del mismo, como el Derecho canónico, supletorio en Cataluña, exigía para el testamento nuncupativo dos testigos, se hizo extensiva esta formalidad para el cerrado. Las formalidades del acta son análogas á requeridas en Castilla.

En cambio sanciona el derecho catalán un principio más aceptable en lo que se refiere á la custodia del testamento, el cual ha de quedar en todo caso en poder del Notario autorizante, quien consignará nota de la entrega en el protocolo reservado, como igualmente del acta del otorgamiento.

Por lo que dice relación á la apertura y protocolización del testamento otorgado en la forma dicha, no existe diferencia de cuanto dejamos explicado para iguales formalidades en el llama-

do Derecho común, por estar también en Cataluña vigente la Ley de Enjuiciamiento civil, que es, según hemos visto, la aplicable. Así es, que los Notarios en Cataluña han perdido las facultades que antes de la publicación de dicha ley tenían, de abrir por sí mismos los testamentos que por ellos otorgados habían quedado bajo su custodia, los cuales habían de ser publicados ante los testigos que á su otorgamiento concurrieron, una vez acreditada la defunción de los testadores.

Aragón.—El testamento cerrado requiere en Aragón análogas formalidades que en Cataluña para que sea eficaz; y no decimos las mismas, porque varían en un punto nada accidental, cual es, que el testador puede escribir por sí mismo el testamento ó encargar á otro para que se lo escriba, debiendo firmarlo él en todo caso. Una vez escrito, en una ú otra forma, y puesto en sobre cerrado y sellado lo presentará el testador á un Notario público, á presencia de dos testigos; y todos firmarán el acta que en la cubierta del pliego ha de extenderse. Un testigo podrá firmar por el otro, si no supiere.

La circunstancia de estar también vigente en Aragón la Ley de Enjuiciamiento civil, hace que allí, lo mismo que en Castilla y Cataluña, la apertura y protocolización de esta clase de testamentos se haga de conformidad con los mismos preceptos, que son los explicados anteriormente.

Navarra.—Es opinión la más admitida por los tratadistas y expositores del derecho de Navarra, que el testamento cerrado en aquel territorio debe reunir las mismas solemnidades que el testamento escrito romano; esto es, que ha de escribirse por el testador ú otra persona de su confianza, y una vez escrito y colocado en pliego cerrado, se presentará á la autorización por Notario y siete testigos, los cuales firmarán con el testador la cubierta del testamento, una vez extendida en ella el acta de otorgamiento, pudiendo firmar los testigos que sepan, por aquellos que no sepan ó no puedan, y lo mismo por el testador. Los testigos han de ser rogados, y todas las formalidades indicadas han de cumplirse en un solo acto.

Se ha cuestionado mucho acerca de si era ó no requisito necesario para la formalización del testamento cerrado en Navarra la presencia del Notario; fundándose los que sostienen la negativa, en que no constituyendo parte de su derecho la Ley III de Toro y no diciendo nada sobre el particular su Fuero y Novísima Recopilación, no debe estimarse que sea solemnidad precisa; pero la inmensa mayoría de los expositores están conformes en que debe asistir, dando testimonio de la manifestación del testador. Hay quien, como el Sr. Alonso, cree que si el testamento se consigna por escrito y el Notario lo lee á los testigos, el testamento vale como nuncupativo, aunque no lo firmen por no poder ó no saber.

Vizcaya.—Como su Fuero no contiene ninguna disposición especial referente al testamento cerrado, este se rige por los principios del Derecho común ó de Castilla, que es el admitido como supletorio, antes y después de la publicación del Código Civil.

El Fuero solo dice, que los testigos que intervengan en todo testamento han de gozar de buena fama, debiendo ser llamados y rogados para ello: y respecto de los Escribanos dice, que donde lo haya Numerario él debe autorizar el testamento, y donde no lo haya puede hacerlo otro cualquier Escribano de honradez y suficiencia.

DOCTRINA LEGAL

Art. 706 El testamento cerrado podrá ser escrito por el testador, ó por otra persona á su ruego, en papel común, con expresión del lugar, día, mes y año en que se escribe.

Si lo escribiere por sí mismo el testador, rubricará todas las hojas y pondrá al final su firma, después de salvar las palabras enmendadas, tachadas ó escritas entre renglones.

Si lo escribiere otra persona á su ruego, el testador pondrá su firma entera en todas las hojas y al pié del testamento.

Cuando el testador no sepa ó no pueda firmar, lo hará á su ruego y rubricará las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad.

Art. 707 En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes:

1^a El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquel sin romper esta.

2^a El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, ó lo cerrará y sellará en el acto, ante el Notario que haya de autorizarlo y cinco testigos idóneos, de los cuales tres, al menos, han de poder firmar.

3^a En presencia del Notario y los testigos manifestará el testador que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito;

firmado y rubricado por él, ó si está escrito de mano ajena y firmado por él al final y en todas sus hojas, ó si, por no saber ó no poder firmar, lo ha hecho á su ruego otra persona.

4^a Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que esté cerrado, y dando fé de haberse observado las solemnidades mencionadas, del conocimiento del testador ó de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686, y de hallarse, á su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

5^a Extendida y leída el acta, la firmarán el testador y los testigos que sepan firmar, y la autorizará el Notario con su signo y firma.

Si el testador no sabe ó no puede firmar, deberá hacerlo en su nombre uno de los testigos instrumentales ú otra persona designada por aquél.

6^a También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.

Art. 708 No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan ó no puedan leer.

Art. 709 Los sordo-mudos y los que no puedan hablar, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:

1^o El testamento ha de estar todo escrito y firmado por el testador, con expresión del lugar, día, mes y año.

2^o Al hacer su presentación, el testador escribi-

rá en la parte superior de la cubierta, á presencia del Notario y de los cinco testigos, que aquel pliego contiene su testamento, y que está escrito y firmado por él.

3° A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fé el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707, en lo que sea aplicable al caso.

Art. 710 Autorizado el testamento cerrado, el Notario lo entregará al testador, después de poner en el protocolo reservado copia autorizada del acta de otorgamiento.

Art. 711 El testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado, ó encomendar su guarda á persona de su confianza, ó depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo.

En este último caso, el Notario dará recibo al testador y hará constar en su protocolo reservado, al margen ó á continuación de la copia del acta de otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirare después el testador, firmará un recibo á continuación de dicha nota.

Art. 712 El Notario ó la persona que tenga en su poder un testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador.

Si no lo verifica dentro de diez días, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia.

Art. 713 El que con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder dentro del plazo fijado en el párrafo segundo del artículo anterior, además de la responsabilidad que en él se determina, perderá todo derecho á la herencia, si lo tuviere como heredero abintestato ó como heredero ó legatario por testamento.

En esta misma pena incurrirán el que sustrajere dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador ó de la persona que lo tenga en guarda ó depósito, y el que lo oculte, rompa ó inutilice de otro modo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que proceda.

Art. 714 Para la apertura y protocolización del testamento cerrado se observará lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 715 Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia ó de negligencia ó ignorancia inexcusables. Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento.



CAPITULO IX

Estudio de los testamentos especiales

UANDO de la clasificación de los testamentos tratamos en el Capítulo VI, dejamos consignado que aceptamos la división principal que el Código Civil hace de los mismos en *comunes* y *especiales*, en atención á las solemnidades ó requisitos que en ellos han de cumplirse, que es la misma que de antiguo viene haciéndose por Códigos y tratadistas; y comenzamos á estudiarlos por la primera clase, porque el buen orden lógico aconseja estudiar primero aquello que forma el principio general, y luego las excepciones. Por esta razón, explicados ya los testamentos *comunes* en los anteriores Capítulos, vamos á hacer algunas consideraciones en este y siguientes, acerca de los *especiales*; bajo cuya denominación comprendemos algunos más de los que el Código Civil designa con este nombre, por las razones en su lugar apuntadas.

Llamamos especial al testamento ológrafo, porque si tal nombre merecen todas aquellas formas ó maneras de testar que no se ajustan á los principios generales señalados para el común y ordinario modo de ordenar las disposiciones de última voluntad, no creemos que otra calificación merezca el testamento

ológrafo, pues podemos afirmar que no hay otra forma de testar que más se separe de esos principios generales. Y de que esto es así, fácilmente podrá convencerse cualquiera que lea lo que la Ley positiva preceptúa respecto á este testamento, de cuyos particulares vamos á ocuparnos en la primera parte de este Capítulo. Comienza por marcarse en él una excepción al principio de que se puede testar cumplidos que sean los catorce años; admítase para escribirlos papel de cualquiera clase, con tal que sea sellado y no es necesario que intervengan testigos y Notario en el momento en que se hace. Todo esto significa una especialidad de primer orden.

Testamento ológrafo: idea general de esta forma de testar.— Es el testamento ológrafo, aquella disposición de última voluntad que el testador formaliza por sí mismo, escribiendo y firmando de su puño y letra, sin necesidad de que al acto concurren testigos ni Notario, cuanto quiere que se haga después de su muerte, en todo aquello que dijimos podía formar el contenido de todo testamento: transmisión de derechos y obligaciones, y arreglo de importantes asuntos de familia. Cuanto puede ordenarse en un testamento *abierto ó cerrado*, cabe que se haga en el *ológrafo*, pues la casi absoluta carencia de formalidades al escribirse por el testador, no es óbice para mermar su importancia en cuanto á lo que en él puede disponerse.

Precedentes históricos del testamento ológrafo.— Hay quienes, sin duda desconociendo la Historia de nuestra Legislación, sostienen que esta forma de testar es por completo nueva en nuestro Derecho escrito, y que nuestros legisladores contemporáneos la han copiado del Código Civil francés, el italiano y algún otro, á los cuales conceden la primacía en el estudio de esta forma de testar; afirmación que se halla contradicha por nuestra historia legal.

Contra tan gratuita como inexacta afirmación, podemos asegurar que el testamento ológrafo tiene precedentes en nuestro antiguo Derecho patrio, como también los tiene en el Derecho romano; pues sabido es, cómo en el Código de Justiniano se consigna esta forma de testar, llamando así (*testamentum hológrafo*-

phum) al que escribía el mismo testador de su puño y letra, autorizándolo con su firma y la de siete testigos. Pero como antes indicamos, no es necesario traspasar los límites de la historia de nuestro propio Derecho para hallar los precedentes de una institución, que nacida en el más antiguo de nuestros Códigos, supo sustraerse á las derogaciones que de ella hicieron otros posteriores, arraigando en algunos territorios, como Cataluña, donde se ha mantenido, siquiera por costumbre.

El Fuero Juzgo, al regular el derecho de testar, en un principio desconocido del pueblo Godo, consigna como epígrafe de la Ley XV, tít. 5º, lib. II: *De olographe scripturae*; locución que en castellano significa: «De los escritos dudosos», y se refería á una forma de testar sin los requisitos ó solemnidades exigidos por la ley ordinariamente. Era forma supletoria y extraordinaria; pero forma al fin, reconocida en derecho, y que correspondía á la conocida hoy con el nombre de testamento ológrafo.

Según la mencionada ley, cuando no se podían hallar tantos testigos como de ordinario se exigía para formalizar los testamentos, podía el testador escribir su manda con su mano, diciendo especialmente lo que quería que se hiciera de las cosas que formaban su patrimonio, y á quién las transmitía; haciendo constar el día y el año en que ordenaba la manda, y que confirmaba el escrito con su mano.

Los testamentos así hechos necesitaban una especie de *adveración* ante el Obispo ó el Juez en término de seis meses, comprobando la autenticidad del escrito por medio de una confrontación con otros tres escritos del mismo testador, siendo confirmada la disposición testamentaria si resultaba la identidad de letra.

Cierto es que después de este Código ningún otro admitió esta forma de testar; siendo de extrañar que D. Alfonso el Sabio no la consignara en su famoso Código de las Partidas, ya que tanta aceptación merecieron para él las doctrinas de los juriconsultos romanos.

La Ley del Ordenamiento de Alcalá tampoco la reconoció, sin duda por creer su autor que hacía bastante con sim-

plificar en los términos que lo hizo las solemnidades para otorgar testamento. Pero á pesar de la autoridad de tan respetables cuerpos legales, podemos decir, que la simplicísima forma de testar que venimos estudiando no desapareció de nuestras costumbres, pues por estas se admitieron las llamadas *memorias testamentarias*, institución que la Jurisprudencia sancionó y que no eran en el fondo otra cosa que testamentos ológrafos, como lo son hoy día, en que por expresa voluntad del testador han llegado á ser identificadas ambas instituciones, según tendremos ocasión de explicar más adelante.

Mas hay algo en nuestro Derecho escrito anterior al Código que demuestra de una manera concluyente que el testamento ológrafo no ha estado relegado al olvido desde el Fuero Juzgo hasta hoy; y ese algo es, el privilegio de que han venido gozando los militares para ordenar su testamento: privilegio que con la interpretación que en la práctica se había dado á las Ordenanzas, permitía á los militares, aun en tiempo de paz, testar sin más formalidades que escribir por su mano su última voluntad, en un pliego de papel cualquiera.

En vista de estos antecedentes podemos concluir diciendo con un escritor contemporáneo, que el testamento ológrafo no es ajeno á nuestras costumbres; antes por el contrario, es el resultado y el triunfo de ellas enfrente de las disposiciones de la ley.

Juicio que nos merece el testamento ológrafo.—Esta forma de testar, si bien con precedentes en nuestro Derecho escrito, y en tiempos muy practicada, al ser considerada por muchos como institución nueva, ha dado lugar á empeñadas discusiones acerca de sus ventajas é inconvenientes, como de ordinario sucede con todo aquello que por vez primera se presenta á la vida real, ó reaparece después de algún tiempo olvidado. De uno y otro lado se alegan razones más ó menos serias, más ó menos lógicas; y para no dejar incompleto el estudio de tan importante institución tal como exige que lo hagamos el carácter de nuestro modesto libro, vamos á indicar las de una y otra clase.

Los impugnadores del testamento ológrafo señalan á este varios inconvenientes, entre los cuales figuran los siguientes:

1º Que el testamento ológrafo no ofrece garantía alguna, relativa á la capacidad del testador en el acto del otorgamiento, requisito exigido como especial por todas las legislaciones: 2º Que, aun suponiendo al otorgante con aptitud para testar, puede haber redactado el testamento por miedo, dolo ó violencia, circunstancias que, en el caso de fallecer inmediatamente el testador, quedarán seguramente ocultas, resultando válido y eficaz en derecho el testamento esencialmente nulo por falta de consentimiento: 3º Que admitida por su sencillez y comodidad la forma privada de testar, lo natural es que el testador redacte por sí solo tan importante y á menudo dificilísimo documento, resultando de ahí, como enseña la práctica, tanto más defectuoso el testamento cuanto más esmero haya querido poner el testador; no siendo menos frecuentes los casos en que, por falta de conocimientos jurídicos y de simple redacción, el texto del testamento esté en radical discordancia con la voluntad del testador: 4º Que el testamento ológrafo, como todo documento privado, no hace fé por sí mismo, por lo cual habrá de elevarse después á escritura pública, sujetándolo á una comprobación de escritos; operación difícilísima y cada día más espinosa, especialmente por la exquisita exactitud con que hoy se lleva á cabo la suplantación; delito de falsedad que tiene en el testamento más probabilidades de quedar impune que en ningún otro documento privado, por la circunstancia de que no ha de salir á la luz pública ni tener efecto hasta después de la muerte del testador. Ha de ser la casualidad, dicen, que despertando sospechas en una tercera persona acerca de la identidad de la firma del testador, dé lugar á una denuncia criminal. Así el falsificador, especialmente en los casos en que el difunto no dejó descendientes ni allegados, tiene espacioso campo con que preparar á mansalva la seguridad de su triunfo.

Después de señalar todos estos inconvenientes al testamento ológrafo, concluyen sus impugnadores diciendo: ¿De qué ha de servir toda esa refinada suspicacia con que el legislador ha redoblado hasta lo ridículo las formalidades del testamento auténtico, si, ocurrida la muerte del testador, puede surtir efecto una su-

puesta última voluntad otorgada por mano amaestrada en los presidios?

En cambio los defensores del testamento ológrafo aducen otras razones, que pueden reducirse á las siguientes: 1ª Que el testador puede leer y meditar todos los días el testamento ológrafo y rehacerlo cuando quiera, sin que nadie sepa sus disposiciones: 2ª Que esta forma es más cómoda y sencilla, y facilita grandemente el derecho de testar.

Nosotros, sin desconocer que algunos de los inconvenientes son ciertos, y sobre todo muy defendibles en teoría, los reducimos todos á uno solo, que es: la relativa facilidad con que puede prestarse al fraude en algunos casos. Dígalo si no el famoso proceso por todos los españoles conocido, á que dió lugar la supuesta voluntad de D. Emilio Carranza, en que los hermanos Bascuña, poniendo su astucia al servicio de una excesiva codicia, pagan culpas que por mucho tiempo se creyó debieron compartir con otros, alucinados por la misma pasión.

Pero en cambio vemos en el testamento ológrafo la incomparable ventaja de poder el hombre en cualquier momento ordenar su disposición testamentaria, quedando esta en el secreto en que no puede quedar ninguna otra forma de testar que quiera emplearse, siquiera sea la de aquel testamento secreto á que daban las Leyes de Partida el nombre de testamento *en poridad*: siempre resultará que en todos esos testamentos llamados auténticos (1) se conoce, por lo menos, que el testamento existe, sin ser difícil llegar á saber su contenido.

Decimos que es grande la ventaja que supone el testamento ológrafo de permanecer en verdadero secreto la voluntad del testador, porque de este modo podrá evitarse lo que en otra for-

(1) Llamamos testamento auténtico á aquel en que interviene Notario, y especialmente al testamento abierto, pero para nosotros, á partir de la significación de la palabra auténtico, creemos que lo mismo puede llamarse así al testamento ológrafo, como en efecto es, y así hay que admitirlo mientras no se pruebe lo contrario.

ma es inevitable: las funestas consecuencias de esa codicia humana que cegando al hombre le hace degenerar en un verdadero energúmeno.

Responde perfectamente la forma de testar que nos ocupa, á ese deseo que el hombre de ordinario siente de dejar arreglados sus asuntos de familia cuando la muerte le sorprenda, sin que nadie llegue á percibirse durante su vida de que así lo hizo. Podrá presentar la institución sus inconvenientes, como los presenta todo lo humano; pero esos inconvenientes, no siempre tan ciertos en la práctica como lo son para el humano discurrir, se ven contrarrestados por otras ventajas: y si son, como sucede en este caso, producto de la maldad por un lado, y de la imprevisión del legislador por otro, no se culpe á la institución en sí, y reconózcase que esta supone un progreso jurídico, en relación con el derecho antes vigente.

Capacidad exigida para hacer testamento ológrafo.—Según dejamos antes indicado, márcase en el testamento ológrafo una excepción, la única, al principio general que regula la capacidad para testar, por razón de edad. El Código Civil, que en el número 2º del art. 663 llama capaces para testar á los mayores de catorce años de uno y otro sexo, exige la mayoría de edad, esto es, más de veintitrés años, para hacer testamento ológrafo (artículo 688); si bien debemos advertir, que esta excepción no siempre se ha hecho por la misma ley moderna que ha dado sanción á esta clase de testamento. Decimos esto, porque en la primera edición que se hizo del Código Civil, nada se decía acerca del particular, quedando por tanto sometido el testamento ológrafo al principio general; pero reformada aquella edición hízose la innovación que apuntamos, y la razón de este cambio nos la dá la Sección de lo civil de la Comisión general de Codificación al exponer las razones tenidas en cuenta para las reformas admitidas en el Código Civil, cuando dice: «Algunas otras pequeñeces ha introducido también la Sección en el Capítulo de los testamentos, encaminadas todas á determinar mejor las condiciones necesarias para asegurar su autenticidad y alejar el peligro de las falsedades. Con esta mira, y aceptando indicaciones hechas en las

Cortes, ha restringido la facultad de hacer testamento ológrafo, concediéndola tan solo á los mayores de edad, aunque baste los catorce años para testar en otra forma.»

De lo dicho se deduce, que hoy, todo el que se halle en su cabal juicio y tenga cumplidos los veintitrés años, podrá hacer testamento ológrafo, siempre que además, es claro, sepa escribir, ya que como esencial y primer requisito se exige que lo escriba todo y firme el testador.

Formalidades que han de cumplirse al escribir el testamento ológrafo.—En el testamento ológrafo, para su completa formalización y eficacia, han de cumplirse una serie de formalidades que para su mejor y más sencillo examen distinguimos en solemnidades que afectan al modo de hacerlo, y formalidades que después de fallecido el testador han de cumplirse para que tenga fuerza y validez legal: las primeras, que son las que ahora vamos á estudiar, dependen todas, en su cumplimiento, de la voluntad del testador, y las segundas tienen ya un carácter público y judicial.

Dice el Código Civil en el párrafo 2º y siguiente del art. 688, que para que sea válido este testamento, deberá extenderse en papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento y estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. Si contuviere palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.

El dicho de la ley de que el testamento ológrafo ha de extenderse *en papel sellado* correspondiente al año de su otorgamiento, ha motivado dudas en los tratadistas y comentadores, acerca de la clase de papel á que habrá querido referirse el legislador, dado que son varias las que comprende la vigente Ley del timbre; duda que no ha podido ayudar á resolver la declaración que sobre el particular hiciera el Fuero Juzgo, que fué el primer Código español que estudió esta forma de testar, porque entonces no se exigió este requisito, en atención á que todavía no se conocía el uso del papel sellado. No ha faltado quien ha creído que el papel que debía emplearse en este caso era de 50

pesetas pliego, porque es el empleado para el acta del testamento cerrado, con el que tantas analogías guarda en algunos puntos; otros dicen que debe ser de 1 peseta, que es el usado por los Notarios para todas las escrituras matrices; otros que de 0'75 céntimos, no judicial; y otros, por fin, que basta con que el papel sea sellado, aunque sea de 0'10 céntimos. Esta es la opinión admitida y corriente hoy; porque dicha clase de papel lo mismo que cualquiera otra, responde al fin ó propósito de este requisito, que no es otro que el de servir de medio para comprobar la fecha en que el testamento se hizo, para decidir acerca de la capacidad del testador; á cuyo fin puede llegarse combinando esta solemnidad con la de la fecha del testamento, en la que hay que expresar el año, mes y día en que se escriba. Pero no es sólo para los efectos de determinar la capacidad del testador para lo que es conveniente tal requisito, sino que lo es también para cuanto se relaciona con la *derogación* de los testamentos, pues produciéndose esta por el otorgamiento de otro posterior perfecto, es necesario determinar cuál se hizo antes y cuál después.

Por último, es necesario cumplir con tal requisito, porque de no hacerlo así adolecería el testamento de vicio de nulidad, toda vez que es formalidad expresamente señalada por la ley, y el art. 687 del Código, de aplicación general á toda clase de testamentos, dice: que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas.

Como puede haber discrepancia entre el año á que el papel empleado en el testamento ológrafo corresponda y la fecha que en él se ponga, se ha planteado cuestión por los tratadistas acerca de si en tal caso será válido el testamento, pronunciándose los más por la negativa, por los términos concluyentes que la ley emplea al exigir esta formalidad, y porque las solemnidades de los actos jurídicos son de estricta observancia y cumplimiento.

Para algunos expositores del Derecho civil, es también objeto de duda y controversia lo que dice relación al sitio ó lugar en que se ha de poner la fecha en el testamento ológrafo, afir-

mando algunos, como el Sr. López R. Gómez, que debe consignarse al final, y para ello se funda en que es requisito señalado en último término por el párrafo segundo del art. 687 del Código, y porque tratándose del otorgamiento del testamento ológrafo, no puede tener lugar cuando el testador comienza á escribir su última voluntad, sino que procederá tan solo, cuando escritas todas las disposiciones que hayan de cumplirse después de su muerte, dá por concluido su testamento, expresando el año, mes y día en que lo escribe.

Las razones alegadas por el citado autor, aunque no nos parecen destituidas de lógica y buen sentido, no las creemos aceptables, opinando, por el contrario, que consignada la fecha en cualquiera momento del testamento producirá igual efecto; porque nada quiere decir que el legislador señale este requisito en último lugar cuando designa los que han de cumplirse al escribir el testamento ológrafo, y porque lo que quiere es, que las formalidades por él exigidas se cumplan, aunque no se haga en el mismo orden que las indica. Así lo deducimos del estudio del artículo 687 antes citado, que al expresar que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas, no quiere indicar que hayan de cumplirse por el orden en que las indica, sino que se cumplan todas las que á cada clase de testamento señala. Creemos que no puede ser otra la inteligencia que se dé al adverbio *respectivamente*.

Respecto á que el testamento ológrafo ha de estar escrito todo, fechado y firmado por el testador, ninguna duda nos ofrece el precepto legal; debiendo entenderse que la firma ha de indicar el nombre y apellidos, y consignarse al final del escrito: y nos parece de todo punto impertinente, y hasta que arguye falta de buen sentido, presentar, como hacen algunos, la cuestión de si podrá ó no otorgar testamento ológrafo el que no sabe escribir. Esta duda ó cuestión no puede nacer de la interpretación de la ley, porque esta no necesita de ella cuando sus términos se presentan tan claros y terminantes como sucede en el caso presente. Dice la ley que el testamento ológrafo *deberá estar escrito*

todo y firmado por el testador; y creemos que después de esto no cabe discutir, al que no quiera acusarse de no saber leer, si podrá ó no hacer testamento ológrafo el que no sabe escribir. Como detenernos á escribir más sobre el particular entendemos que es perder tiempo y conceder importancia á una cuestión que en sí no la tiene, hacemos aquí punto y pasamos al examen de otra formalidad que ha de cumplirse al escribir el testamento ológrafo, y es, la de que el testador salvará bajo su firma las palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones, que el testamento contenga.

El requisito de referencia, consignado en el párrafo tercero del art. 688 del Código Civil, no tiene otro fin que el de hacer que se presente con toda la claridad posible la voluntad del testador, para de este modo hacer más fácil su cumplimiento, que es á lo que debe aspirarse en toda clase de testamentos; y se dice que esto se haga *bajo la firma del testador*, para que de este modo quede probado que tales rectificaciones ó enmiendas las hizo y confirmó el mismo testador.

Nada dice la ley acerca de los efectos que producirá la falta de cumplimiento de este particular formulado en forma imperativa; pero es lo más racional creer que su omisión no puede anular el testamento, y que solo tiene efecto en lo que se refiere al valor y alcance de esas palabras raspadas, enmendadas ó entrelineadas. Esta nuestra opinión la vemos confirmada por una sentencia del Tribunal Supremo, de la cual hacemos mérito en su correspondiente lugar.

Peró hay también quien en contrario afirma, que la nulidad debe producirse en tal caso, á no ser que se pruebe que tales tachaduras, enmiendas ó entrelineaduras las hizo un tercero; y para esto se fundan en la forma imperativa en que la ley está redactada, y en que es principio constante, que la interpretación en materia de solemnidades, ha de hacerse restrictivamente.

Testamento ológrafo hecho en España por un extranjero y vice-versa.—Por expresa declaración de nuestro Código Civil vigente, se permite testar en forma ológrafa, y en su propio idioma, á los extranjeros residentes en España. El requisito que la ley exi-

ge de que el testamento ha de escribirlo en su *propio idioma*, puede dar lugar á duda en su interpretación, al tratar de determinar cual es el idioma propio del testador, pues puede muy bien suceder que éste no hable el del país en que nació, y que tampoco le sea familiar el del país en que se halle naturalizado, y sí el de otro país en que más habitualmente vivió. Pero no damos importancia á esta cuestión, y creemos que cualquiera que sea el idioma empleado valdrá el testamento, porque solo se exige que este se formalice con las solemnidades del art. 688, para ser válido, entre cuyas solemnidades no figura la referente á la lengua en que el testamento ha de otorgarse. Solo en el testamento abierto se exige en este punto una formalidad especial, cual es, la presencia de dos intérpretes que traduzcan al castellano la disposición testamentaria.

Nada dice la ley del papel en que el testamento ha de escribirse en este caso; pero entendemos que ha de ser *sellado*, como se exige á los españoles, porque al decir del art. 11 del Código Civil, las formas y solemnidades de los contratos, *testamentos* y demás instrumentos públicos se rigen por las leyes del país en que se otorguen.

Respecto al testamento ológrafo hecho por un español en el extranjero, dice la ley que en él han de cumplirse cuantas formalidades dejamos explicadas para el testamento ológrafo común, con prescripción del requisito del papel sellado; y el testamento así otorgado será válido, aunque no lo admitan las leyes del país en que se escriba.

Vemos cómo esta declaración de la ley marca una excepción á dos principios, ambos importantes: al principio de que el testamento ológrafo debe escribirse en el papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento; y al de *locus regit actum*, sancionado por el art. 11 del Código, según dejamos dicho.

Formalidades que han de cumplirse en el testamento ológrafo, una vez muerto el testador, para que produzca efecto.—El testamento ológrafo, formalizado por el testador con observancia de cuantos requisitos dejamos explicados, no tiene otro carácter, en

opinión nuestra, que el de un documento privado, necesitando de una serie de posteriores formalidades á la muerte del testador para recibir la consideración de documento público y producir cuantos efectos se propuso el testador que produjera. Por eso decimos en anteriores párrafos, que las formalidades que en total han de cumplirse para que el testamento ológrafo surta efecto y tenga validez, pueden referirse al acto de escribirlo, ó á momentos posteriores á la muerte del testador: de aquellas nos hemos ocupado ya, y ahora vamos á estudiar estas últimas, representadas por una serie de diligencias judiciales, que es necesario precedan á la protocolización, y que no tienen otro objeto que buscar garantías para cerciorarse de la legitimidad y autenticidad del testamento otorgado en forma olográfica. Estas medidas de garantía, obsérvase que son semejantes, por no llamarlas idénticas, con las existentes en la Ley de Enjuiciamiento civil para la apertura de los testamentos cerrados, y para elevar á escritura pública los testamentos otorgados de palabra y protocolización de las memorias testamentarias, las iremos examinando por su orden.

A) *Presentación del testamento al Juez competente.*—Como para practicar las diligencias de referencia se necesita conocer el testamento, y no se dispone para ello de otro medio que hacer que lo presente la persona que en su poder lo tenga, dice el Código Civil en su art. 689, que: «el testamento ológrafo deberá protocolizarse, presentándolo con este objeto al Juez de primera instancia del último domicilio del testador, ó del lugar en que éste hubiese fallecido, dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento. Sin este requisito no será válido»: doctrina que, juntamente con la consignada en el siguiente artículo, enseña quiénes son las personas obligadas á hacer la presentación y responsabilidad en que incurren caso de no cumplir con ella; así como también decide cuál es el Juez competente para entender en la práctica de las diligencias previas á la protocolización, pues dice el artículo aludido:

«La persona en cuyo poder se halle depositado dicho testamento deberá presentarlo al Juzgado luego que tenga noticia

de la muerte del testador, y, no verificándolo dentro de los diez días siguientes, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por la dilación.

También podrá presentarlo cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea ó cualquier otro concepto».

Pero si bien es cierto que la ley determina hasta con cierta minuciosidad los particulares indicados, también lo es que emplea unos términos faltos de completo sentido, é innecesarios por otra parte. Tal sucede con lo dicho en el párrafo segundo del último artículo transcrito, porque impone una obligación á personas que pueden muy bien carecer de lo indispensable para cumplir lo que el legislador manda: tener el testamento en su poder.

La parte del precepto legal que determina quién es Juez competente para entender en estas diligencias, es clara y no presenta duda alguna, siendo por otra parte también conforme con lo dicho por la Ley de Enjuiciamiento civil.

Respecto al plazo de cinco años fijado para la presentación del testamento ológrafo, pensamos que es excesivo, y que aparte los perjuicios que puede ocasionar por estar durante ese tiempo en un estado de inseguridad las herencias habidas al amparo de otro testamento, porque en cualquier momento puede presentarse otro ológrafo que destruya los efectos de aquel, si fué otorgado antes, tiene también el inconveniente de conceder tiempo más que suficiente para meditar y realizar una falsedad, si antes no se hizo en vida del testador. Y por lo que se refiere á la responsabilidad que la ley declara contra la persona que en su poder tenga el testamento y no lo presente en los diez días siguientes á la muerte del testador, nos parece que no está en consonancia con ese largo plazo de cinco años antes señalado para la presentación, y por otra parte creemos que es una responsabilidad fantástica; porque ¿cómo probar que en efecto el tenedor del testamento supo la muerte del testador?

B) *Apertura del testamento.*—Una vez presentado el testamento ológrafo, y acreditado el fallecimiento del testador, dice la ley que el Juez lo abrirá, si estuviese en pliego cerrado, rubri-

cará con el Actuario todas las hojas y comprobará su identidad por medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador, y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo. A falta de testigos idóneos, ó si dudan los examinados, y siempre que el Juez lo estime conveniente, podrá emplearse con dicho objeto el cotejo pericial de letras (1).

Para la práctica de estas diligencias serán citados, con la brevedad posible, el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y los ascendientes legítimos del testador, y, en defecto de unos y otros, los hermanos. Si estas personas no residieren dentro del partido, ó se ignore su existencia, ó siendo menores ó incapacitados carecieren de representación legítima, se hará la citación al ministerio fiscal. Los citados podrán presenciar la práctica de dichas diligencias y hacer en el acto, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento (2).

En el primero de los citados artículos, comprensivo de las formalidades que han de cumplirse para la apertura é identificación de la disposición testamentaria, vemos confirmada nuestra afirmación de que lo dicho acerca de tal punto por el Código es casi una reproducción de lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento civil al hablar de la apertura del testamento cerrado, y de la elevación á escritura pública del hecho de palabra, bien que con las modificaciones necesarias, en cuanto que aquí la información se limita al reconocimiento del escrito; siendo de lamentar que algunas de las disposiciones de la ley mencionada no se hayan reproducido por el Código en este lugar, como es, v. gr., la formalidad de reseñar al detalle el estado en que se halla el pliego presentado, y consignen los motivos que existieren para sospechar que se abrió, cuando por voluntad del testador debiera de estar cerrado (3); y la facultad concedida al Juez en el testamen-

(1) Art. 691 del Código Civil.

(2) Art. 692 id. id.

(3) Adviértase que no es de esencia que el pliego que contiene el testamento ológrafo esté cerrado, pues esto depende de la voluntad del testador; por lo que, al decir aquí apertura del testamento, nos referimos más bien al acto de hacer pública la voluntad del testador.

to cerrado para que, respetando el deseo del testador, dejara de leer y publicar algunas cláusulas hasta cierta y determinada época. Ante este silencio de la ley sustantiva civil, entendemos nosotros que una y otra cosa puede hacerse en la práctica: la primera porque en último término no es más que una medida de precaución y esta siempre debe emplearse aunque la ley no lo mande, sobre todo en las sucesiones hereditarias; y la segunda, porque no supone otra cosa que respeto á la voluntad del testador, y este respeto debe también guardarse siempre que sea posible, ya que, como sabemos, es el testamento ley de imperioso cumplimiento. Además, que donde hay igual razón debe existir la misma disposición, y en tal sentido deben tomarse como complementarios en este punto los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento civil, ya que la razón y el fin á que obedecen son los mismos que en el Código Civil.

Del contenido del art. 691 del Código Civil es lo más importante lo que se refiere á los testigos para la identificación de la letra del testamento, cuyos testimonios han de ser dados sin abrigar *duda racional* de que el testamento está escrito y firmado de mano propia del testador; exigencia de ley, que hay quien la cree exagerada é inoportuna, porque si la gran destreza y habilidad hoy desplegadas para las falsificaciones hacen dudar en muchos casos á los peritos, mal podrán afirmar los testigos hasta el grado que la ley quiere que lo hagan. Nosotros creemos que no ha podido expresarse el legislador en otra forma, dado que concede una importancia tal á la prueba testifical, que puede ser suficiente, cuando no es dudosa, y siempre á juicio del Juez, para decretar la protocolización del testamento. Sin embargo, entendemos, que cualquiera que sea el resultado de la prueba testifical, debe hacer uso el Juez de la facultad que le concede el párrafo segundo del artículo á que nos venimos refiriendo, porque siempre es mayor garantía la que puede prestar un dictamen pericial, explicado por razones de ciencia, que aquel que den individuos que pueden ser inducidos á error por las apariencias, pues á veces, vistas sin detenido examen y por personas indoctas, parecen iguales algunas letras que en el fondo difieren mucho.

En cuanto á las personas llamadas por la ley para presentar la práctica de la apertura é identificación del testamento, nos parece que en rigor de justicia no hubiera podido prescindir de ellas el legislador, porque siendo, como hay que suponerlas, las más conocedoras del testador y de los caracteres de su letra, son las que más luz pueden dar en el caso de que ocurra alguna duda sobre la inteligencia del escrito; y como la ley les concede facultad para poder hacer observaciones de palabra, sobre la autenticidad del testamento, pueden sér en todo caso poderosos auxiliares para precaver engaños. Y está bien que á falta de las personas de que hace mención el susodicho artículo sea llamado á la práctica de tales diligencias el Ministerio fiscal, porque como avanzado centinela que es de la ley, hará que se cumplan cuantas formalidades esta previene, con el mayor sentido de imparcialidad, ya que interviene en tal acto sin agravios que ventar ni imposiciones que temer.

El testamento ológrafo, hecho por un español en el extranjero, necesita del requisito de la protocolización lo mismo que si se hubiera escrito en España, y con las mismas diligencias que explicaremos á continuación; y para ello se ordena en el artículo 736 del Código Civil, que el Agente diplomático ó consular, en cuyo poder hubiese depositado su testamento ológrafo un español, lo remitirá al Ministerio de Estado cuando fallezca el testador, con el certificado de defunción.

El Ministerio de Estado hará publicar en la *Gaceta de Madrid* la noticia del fallecimiento, para que los interesados en la herencia puedan recoger el testamento y gestionar su protocolización en la forma prevenida.

Protocolización del testamento ológrafo.—Cuantas diligencias decimos anteriormente es necesario practicar en el testamento ológrafo una vez fallecido el testador, son preparatorias y necesarias para la protocolización; la cual protocolización acordará el Juez en auto motivado que se haga, si de esas previas diligencias resultara la identidad del testamento, que es el fin principal á que tienden. Por eso dice el art. 693 del Código Civil: «Si el Juez es-

tima justificada la identidad del testamento, acordará que se protocolice, con las diligencias practicadas, en los registros del Notario correspondiente, por el cual se darán á los interesados las copias ó testimonios que procedan. En otro caso denegará la protocolización.

Cualquiera que sea la resolución del Juez, se llevará á efecto, no obstante oposición, quedando á salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda.»

La protocolización tiene en el testamento ológrafo una extraordinaria importancia, por ser la solemnidad que le imprime un carácter que antes no tenía; pues el testamento ológrafo, formalizado por el testador, única persona que en su otorgamiento interviene, con prescripción de toda formalidad de carácter público, es considerado por los autores como documento privado; sin que pueda causar efecto alguno hasta tanto que no se protocolice, y por consiguiente, hasta que no tenga esa especie de confirmación judicial, hecha en la forma y con las solemnidades explicadas; necesaria en todo caso para que el testamento ológrafo sea elevado á escritura pública en virtud de la protocolización, desde cuyo momento es estimado como documento público y produce efecto.

No dice el Código Civil de una manera expresa, como lo hace la Ley de Enjuiciamiento al hablar del modo de elevar á escritura pública los testamentos hechos de palabra, que el auto acordando la protocolización del testamento ológrafo se dicte con la calidad de *sin perjuicio de tercero*; pero se deduce que así quiere también se haga, cuando dice: «quedando á salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda».

DOCTRINA LEGAL

Art. 688 El testamento ológrafo solo podrá otorgarse por personas mayores de edad.

Para que sea válido este testamento, deberá extenderse en papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento y estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.

Si contuviere palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.

Art. 689 El testamento ológrafo deberá protocolizarse, presentándolo con este objeto al Juez de primera instancia del último domicilio del testador, ó al del lugar en que éste hubiese fallecido, dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento. Sin este requisito no será válido.

Art. 690 La persona en cuyo poder se halle depositado dicho testamento deberá presentarlo al Juzgado luego que tenga noticia de la muerte del testador, y no verificándolo dentro de los diez días siguientes, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por la dilación.

También podrá presentarlo cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea ó en cualquier otro concepto.

Art. 691 Presentado el testamento ológrafo, y acreditado el fallecimiento del testador, el Juez lo abrirá si estuviere en pliego cerrado, rubricará con el actuario todas las hojas y comprobará su identidad por medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador, y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo.

A falta de testigos idóneos, ó si dudan los examinados, y siempre que el Juez lo estime conveniente, podrá emplearse con dicho objeto el cotejo pericial de letras.

Art. 692 Para la práctica de las diligencias expresadas en el artículo anterior serán citados con la brevedad posible, el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y los ascendientes legítimos del testador, y, en defecto de unos y de otros, los hermanos.

Si estas personas no residieren dentro del partido, ó se ignorare su existencia, ó siendo menores ó incapacitados carecieren de representación legítima, se hará la citación al Ministerio fiscal.

Los citados podrán presenciar la práctica de dichas diligencias y hacer en el acto, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento.

Art. 693 Si el Juez estima justificada la identidad del testamento, acordará que se protocolice, con las diligencias practicadas, en los registros del Notario correspondiente, por el cual se darán á los

interesados las copias ó testimonios que procedan. En otro caso denegará la protocolización.

Cualquiera que sea la resolución del Juez, se llevará á efecto, no obstante oposición, quedando á salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda.

APLICACION PRACTICA

Las palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones, no salvadas por el testador bajo su firma, según previene el párrafo 3° del art. 688 del Código Civil, no producen la nulidad del testamento ológrafo, pues su omisión solo puede afectar á la validez y eficacia de las palabras tachadas, enmendadas ó puestas entre renglones, y nunca al testamento mismo; ya por estar en párrafo aparte de aquel que determina las condiciones necesarias para la validez del testamento ológrafo, ya porque, de admitir la doctrina contraria, se llegaría al absurdo de que pequeñas enmiendas no salvadas, que en nada afectasen á la parte esencial y preceptiva del testamento, vinieran á anular este; y ya porque el precepto contenido en dicho párrafo ha de entenderse en perfecta armonía y congruencia con el art. 26 de la Ley del Notariado, que declara nulas las condiciones, apostillas, entrerenglonaduras, raspaduras y testados en las escrituras matrices, siempre que no se salven en la forma que se previene, pero no el documento que las contenga. Tampoco afecta á la validez del testamento ológrafo el orden en que se exprese el año, mes y día de su otorgamiento, bastando con que la fecha se consigne, sea cualquiera el orden y lugar en que se haga. (Sent. de 4 de Abril de 1895, publicada en la *Gaceta* de 5 de Agosto del mismo año).



CAPITULO X

Continúa el estudio de los testamentos especiales

DESPUES de estudiar en el Capítulo anterior el testamento ológrafo con el carácter de *especial* que nosotros le asignamos, vamos á continuar en este el examen de otros que merecen igual consideración, ora por excepción, ora por privilegio, que era el doble criterio que la Legislación antigua, en especial las Leyes de Partida, adoptaban para clasificar los testamentos *especiales*: por exigir menor número de formalidades que las ordinarias, ó por exigir un número mayor de las que en estas se comprendían.

Algunos expositores del Derecho civil hacen en este punto una clasificación, que si completa y lógica, no produce en cambio el efecto ordinario de las clasificaciones, sino que más bien puede producir confusión en la inteligencia de la doctrina; lo cual es debido principalmente á introducir términos en la clasificación, que si diferentes entre sí, es tan sutil el fundamento de esa diferencia, que no merece la pena fatigar la inteligencia para indagar la diferenciación y recargar después la memoria para retener tanto término de división; tanto más difícil de impresionarla cuanto más ligeras son las notas diferenciales.

Esto sentado, nosotros nos limitaremos en este punto á estudiar las clases de testamentos á que el Código Civil dá el nombre de *especiales*, que son: *el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero*.

Testamento militar: su concepto.—Hay locuciones cuyos términos indican su significado de modo más completo que lo puede hacer la más perfecta definición, por ser difícil la sustitución de palabras sin incurrir en obscuridades, cuando no en deficiencias y contradicciones: así sucede con la que encabezamos este párrafo, por lo cual, en vez de definir el testamento militar, vamos á indicar las personas que según el Código Civil pueden hacer esta clase de testamento: sabido esto, y recordando el concepto que tenemos dado del testamento en general, se tendrán los elementos necesarios para formar la conveniente idea de lo que es el testamento militar.

Dice el Código Civil en su art. 716 que: «en tiempo de guerra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás empleados en el ejército, ó que sigan á este podrán otorgar su testamento ante un Oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán; ante el oficial que mande el destacamento, aunque sea subalterno; ó ante el Capellan ó el Facultativo que le asista, si el testador estuviere enfermo ó herido. En todo caso es necesaria la presencia de dos testigos idóneos».

Con estos antecedentes, y presente la definición general de testamento, ya podemos decir que es testamento militar, *la manifestación solemne y esencialmente revocable de la postrera voluntad de los que toman parte en la guerra como miembros de institutos armados, por cuyo modo se designan un continuador en la propiedad de sus bienes, y para el cumplimiento de sus obligaciones transferibles, al propio tiempo que deciden sobre otros asuntos importantes de familia*.

Precedentes históricos de esta forma de testar.—El llamado testamento militar es de antiquísimo origen; ha sido institución viva en todos los momentos de nuestro Derecho, variando solo de unos á otros tiempos, en aquello que es en el mismo menos esencial; lo estudió la Legislación romana, lo ha estudiado la

nuestra anterior al Código, y lo estudia hoy este, siquiera le dé una consideración distinta á la que en lo antiguo tenía, según explicaremos.

Las Constituciones imperiales dieron vida en Roma al testamento militar, con el carácter de privilegio de persona; el cual privilegio se explica, más que por la impericia de los militares en asuntos de Derecho, como decía Justiniano, por la manera de ser de aquel pueblo guerrero, que no perdonaba medio para alentar su espíritu militar. Por eso se cree, que esta forma de testar existió ya en tiempo de la República, con el nombre de testamento *in procinctu*, que era el que hacían los romanos cuando marchaban al combate; aunque no tan reglamentado como lo presentaron las Constituciones.

El verdadero testamento militar como privilegio, dicese que lo autorizó por vez primera el Emperador Augusto, para los soldados que se hallaren al frente del enemigo; exigiendo sólo como medio de prueba la asistencia de dos testigos, y si era hecho durante acción ó combate, el testamento valdría cualquiera que hubiera sido la forma de su otorgamiento, ora de palabra, ora por escrito, valiendo escribirlo en el escudo ó en la arena, con la punta de la espada teñida en su sangre. De aquí que los juriconsultos romanos distinguieran especies varias en el testamento militar, diciendo: si el militar se halla en campaña y al frente del enemigo, es necesario que manifieste su voluntad ante dos testigos; si en acción de guerra ó combate, valdrá el testamento cualquiera que sea la forma en que lo hizo, aun otorgado sin ninguna solemnidad, y si el militar se hallaba en los cuarteles de invierno, como decían los romanos, cesaba el privilegio y tenía que testar con observancia de las solemnidades ordinarias.

Cualquiera que fuera la forma privilegiada que hubiera de emplearse, suponía una concesión de todo punto extraordinaria, más saliente en el Derecho romano, por lo mismo que de ordinario exigía un formalismo grande en la ordenación de los testamentos.

Si bien es aventurado suponer que el Fuero Juzgo desconoció el testamento privilegiado que ahora estudiamos, es lo cierto

que lo hace de una manera tan incompleta y confusa, que con razón se dice que el testamento militar no tuvo en España ninguna nueva manifestación positiva legal hasta la aparición del Código de las Partidas, que en este punto aceptó, como en tantos otros, las doctrinas del Derecho romano.

El Código de D. Alfonso el Sabio, reproduce en la Ley IV, título 1º de la Part. VI, bajo el epígrafe *como pueden los Caballeros facer su testamento*, toda la doctrina romana sobre el testamento militar, bien que asignando á este una razón ó fundamento distinto del que decía Justiniano; pues el Código á que nos referimos, dice que se instituyó tal forma de testar *para facer honra á los caballeros..... por el gran peligro en que se meten*. Aquí se vé ya que sin dejar de ser privilegio de una determinada clase, se explica más racionalmente el fundamento en que se basa.

Por lo demás, el Código de las Partidas siguió como decimos los precedentes romanos, y distinguió y estudió las mismas clases de testamento militar que había distinguido y estudiado el Derecho romano; y sus doctrinas fueron por mucho tiempo aceptadas, hasta que en tiempos muy posteriores se dictaron algunas disposiciones sobre el particular, no todas mejorando los principios antiguos, pues dieron tal extensión al privilegio, que á su sombra nació el abuso. Por Real Cédula de 28 de Abril de 1739 se limitó el privilegio para los casos de campaña, y siempre que el militar muriese durante ella; pero en 1742 y 1752 se restableció la antigua doctrina sobre la materia, completada con las Ordenanzas del Ejército del año 1763, y la Real orden de 17 de Enero de 1835, que dejó á la libre elección del militar el poder testar en la forma civil ordinaria ó en la privilegiada, en todo tiempo y lugar: en las Ordenanzas referidas se aconsejaba que en tiempo de paz el militar que se hallare en pueblo en que hubiera Escribano, hiciera ante él su testamento.

Carácter que en la actualidad tiene el testamento militar.—Este era el estado de nuestro Derecho positivo respecto al testamento militar cuando se promulgó el Código Civil, en el que, partiendo el legislador del principio racional de que el testamento militar debe ser dispensado de las solemnidades ordinarias en

atención á excepcionales circunstancias y no por razón de privilegio de clase, declara que en tiempo de guerra los militares en campaña pueden hacer su testamento con la simplicidad de formalidades que dejamos apuntadas. Y que actualmente no es el testamento militar un privilegio otorgado á una clase, como lo fué en un principio y por mucho tiempo, lo prueba el hecho de que por la misma ley que lo reconoce y sanciona, se declara caducado en sus efectos luego que desapareció la causa que lo motivó, si el testador no perece en el peligro presunto en cuya consideración se le otorgó que pudiera testar en dicha forma; y también porque solo se concede á los militares ordenar su disposición testamentaria de esta manera simplicísima, en tiempo de guerra y estando en campaña, no siempre, como antiguamente.

Decimos que el testamento militar caduca en sus efectos pasado cierto tiempo ú ocasión, y esto necesita una aclaración para no incurrir en inexactitudes.

Si nos fijamos en lo expresamente preceptuado por el Código Civil, hay que reconocer que no todo testamento militar queda caduco en sus efectos pasado un plazo cierto desde que el militar dejó de estar en campaña ó desapareció el peligro, pues los testamentos militares *abiertos*, á los que hemos llamado ordinarios dentro de la especialidad, son los únicos que se declaran caducados cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña; y por lo que respecta á los otorgados durante una batalla, combate, asalto y en todo peligro próximo de acción de guerra, solo se declara caducado, salvado que sea el peligro, el testamento que se otorgó de palabra. Es decir, que todo testamento militar *cerrado* se sustrae por voluntad del legislador al carácter de *temporalidad* que el Código admite como principio general, porque no hay que dudar que la omisión debe considerarse como voluntaria en el legislador, y que es de aplicar el principio de interpretación que dice: *inclusio unius est exclusio alterius*. Y ¿cuál puede ser la razón de esta distinción? A juicio nuestro no es otra que la consideración de ser otorgado el testamento militar *cerrado ordinario* con un número tal de formalidades, que según hemos visto apenas le separa del civil

cerrado otra diferencia que la de ser sustituido el Notario por el Comisario de guerra. Pero y respecto al *cerrado extraordinario*, ¿por qué no ha hecho la ley igual declaración que hace referente á todos los testamentos militares abiertos? En este caso ya no existe la misma razón para la excepción, porque las formalidades con que se otorgan son muy mermadas: no existe justificación, sino que por el contrario abundan las mismas razones que para declarar caducados todos los abiertos: ser testamento especialísimo por razón de las circunstancias, y por esto es más inexplicable la conducta del legislador, que no nos explicamos más que como ignorancia, capricho ó genialidad del mismo.

Formas del testamento militar según el Derecho positivo, y solemnidades propias de cada una.—El testamento militar puede revestir la forma de testamento *abierto ó cerrado* (1).

La forma ordinaria del testamento militar *abierto* es cuando se hace ante un Oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán, y dos testigos idóneos; pero si el testador estuviere enfermo ó herido, podrá otorgarlo ante el Capellán ó Facultativo que le asista, y si en destacamento, ante el Oficial que lo mande, aunque sea subalterno: también en estos casos es necesaria la asistencia de dos testigos idóneos.

Como forma extraordinaria se presenta el testamento *abierto* que el militar puede hacer de palabra ante dos testigos, durante una batalla, asalto, combate, y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra (2).

El testamento militar *cerrado* requiere para su otorgamiento las mismas solemnidades que el testamento común cerrado, con la única diferencia de que el Comisario de guerra, ante el cual ha de otorgarse, sustituye al Notario (3). Pero á más de esta forma del testamento militar cerrado, que constituye por decirlo así el tipo *ordinario*, hay otra *extraordinaria*, para los momentos de batalla, asalto, combate ó cualquiera otro peligro próximo

(1) También pueden los militares testar en forma ológrafa, pero cumpliendo las formalidades ordinarias.

(2) Art. 720 del Código Civil.

(3) Art. 717 id. id.

de acción de guerra, en cuyos casos se observará también lo prevenido en los artículos 706 y 707; pero se otorgará ante el Oficial y los dos testigos que para el abierto se exigen, debiendo firmar todos ellos el acta de otorgamiento, como así mismo el testador, si pudiere (1). Este es el verdadero testamento cerrado *especial* militar.

Disposiciones comunes al testamento militar abierto y cerrado en su forma ordinaria.—Los testamentos militares, otorgados con las formalidades ordinarias, que dentro de su especialidad dejamos explicadas, deberán ser remitidos con la posible brevedad al cuartel general, y por este al Ministro de la Guerra.

El Ministro, si hubiese fallecido el testador, remitirá el testamento al Juez del último domicilio del difunto, y no siéndole conocido, al Decano de los de Madrid, para que de oficio cite á los herederos y demás interesados en la sucesión. Estos deberán solicitar que se eleve á escritura pública y se protocolice en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento civil.

Cuando sea cerrado el testamento, el Juez procederá de oficio á su apertura en la forma prevenida en dicha ley, con citación é intervención del Ministerio fiscal, y después de abierto lo pondrá en conocimiento de los herederos y demás interesados (2).

Estas disposiciones legales, como de mero trámite que son, apenas si necesitan explicación, sobre todo por referirse á doctrinas que quedan ya explicadas. Echase sin embargo de ver una omisión en el transcripto artículo del Código, por lo que se refiere á la persona que ha de hacer la remisión del testamento al cuartel general; ante cuya omisión cabe pensar que tal obligación afecta á cualquiera persona que en su poder tenga el testamento, siempre por conducto del Oficial que intervino en su otorgamiento.

Pero la omisión más lamentable que en el Código se nota en este punto, es la concerniente á las formalidades que habrán de cumplirse en el testamento militar cerrado *extraordinario*, ó sea,

(1) Art. 721 en relación con el 720 del Código Civil.

(2) Art. 718 del Código Civil.

el otorgado ante un Oficial y dos testigos; pues no dice nada acerca de si este ha de remitirse también al Ministro de la Guerra, para que á su tiempo llegue á poder del Juez competente, al efecto de poder realizar su apertura con las debidas formalidades, para que produzca efectos: y como entendemos que esta formalidad no quiere el legislador que deje de cumplirse en ese caso especial, cuando de ordinario la exige, porque ello equivaldría á dejar ineficaz la disposición testamentaria, de aquí que entendamos que esa omisión, si imperdonable por su significación, no ha sido voluntaria, y debe suplirse en la práctica por el prudente juicio de los Jueces, haciendo extensiva á la apertura de dicho testamento la doctrina antes expuesta.

Por último, el Código Civil en el art. 718 á que nos venimos refiriendo, introduce una reforma respecto á la Ley de Enjuiciamiento civil, al ordenar que la apertura del testamento militar cerrado la haga de oficio el Juez, porque como sabido es, estas diligencias son de jurisdicción voluntaria en las que nada hace el Juzgado si no es á instancia de parte.

Especial formalidad que requiere el testamento militar hecho de palabra para que produzca efecto.—Esta forma, la más simple que en el testamento militar se reconoce, necesita de una especial formalidad una vez fallecido el testador, para que produzca efecto. El testamento hecho por militar, de palabra ante testigos, exige, para ser eficaz, una especie de confirmación por los mismos testigos ante quienes se otorgó, ante el Auditor de guerra ó funcionario de justicia que siga al ejército; debiendo cumplirse además, con la formalidad de remitir las actuaciones ó diligencias que con tal motivo se escriban, al cuartel general, por éste al Ministro de la Guerra, para que lo remitan al Juez del último domicilio del testador, y aquél de oficio cite á los herederos y demás interesados en la herencia.

Testamento marítimo: su concepto.—Otro de los testamentos á que el Código Civil dá la consideración de *especial*, es el testamento marítimo; así llamado al que hacen los que van á bordo de cualquiera embarcación mercante ó de guerra. Esta idea, que

es la más general que del testamento marítimo puede darse, presta los antecedentes suficientes para formar el concepto propio del mismo, para lo que no hay más que agregar lo que es carácter especial de esta forma de testar á lo que decíamos definiendo el testamento en general; y así diremos que es testamento marítimo: *la manifestación solemne y esencialmente revocable de la postrera voluntad de los que van á bordo de cualquiera embarcación, mercante ó de guerra, por cuyo medio se designan un continuador en la propiedad de sus bienes, y para el cumplimiento de sus obligaciones transferibles, al propio tiempo que deciden sobre otros asuntos importantes de familia.*

Precedentes históricos de esta forma de testar.—No es el testamento marítimo de origen tan antiguo como el militar, porque tampoco ha existido tan desde antiguo la causa ó motivo que le sirve de fundamento: el espíritu guerrero y las contiendas decididas por las armas, que motivan una forma especial de testar para los que en ellas toman parte, han existido siempre, desde que deseos más ó menos justos en ocasiones, han impulsado al hombre al dominio y mando en las Sociedades públicas más amplias; pero los viajes marítimos y el riesgo que siempre en ellos se corre, que son la causa y fundamento del testamento que ahora estudiamos, aunque de hecho han podido verificarse siempre, por existir siempre, como natural que es, el elemento preciso para ellos, no han tenido hasta tiempos muy posteriores el desarrollo suficiente, para hacer pensar á los legisladores en la concesión de una nueva y especial forma de testar para los que por espíritu aventurero ó por necesidades de la vida social, emprenden viajes no exentos de probables peligros y que les hacen vivir por varios días alejados de todos los medios ordinarios para ordenar sus disposiciones testamentarias. Por eso el testamento marítimo no se halla estudiado y reglamentado en los Códigos antiguos; pero tampoco puede decirse que sea creación de la nueva Ley civil sustantiva, pues las Ordenanzas de la Armada de 1848, autorizaban para testar de palabra ó por escrito ante dos ó tres testigos, concurriendo al acto, si fuese posible, el Contador del buque. Esta institución, así nacida, ha merecido hoy los honores

de institución escrita en nuestro Código Civil, llenándose así el vacío que la antigua Legislación hacía sentir.

Clases de testamento marítimo que la legalidad vigente distingue, y formalidades propias de cada una.—Admitese por el Código Civil que el testamento que hace el que durante un viaje marítimo va á bordo, pueda ser *abierto, cerrado* ú *ológrafo*. Los de las dos primeras clases se otorgarán en la forma siguiente:

«Si el buque es de guerra, ante el Contador ó el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos idóneos, que vean y entiendan al testador. El Comandante del buque, ó el que haga sus veces, pondrá además su V^o B^o.

En los buques mercantes autorizará el testamento el Capitán, ó el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos idóneos.

En uno y otro caso los testigos se elegirán entre los pasajeros, si los hubiere; pero uno de ellos, por lo menos, ha de poder firmar, el cual lo hará por sí y por el testador, si éste no sabe ó no puede hacerlo.

Si el testamento fuera abierto, se observará además lo prevenido en el art. 695, y si fuere cerrado, lo que se ordena en la sección sexta de este Capítulo, con exclusión de lo relativo al número de testigos é intervención del Notario.

El testamento del Contador del buque de guerra y el del Capitán del mercante serán autorizados por quien deba sustituirlos en el cargo, observándose para lo demás lo dispuesto en el artículo anterior.»

Además, tanto uno como otro pueden revestir una forma extraordinaria en caso de peligro de naufragio, momento en el cual pueden testar tanto los tripulantes como los pasajeros de buques de guerra ó mercantes, de palabra ante dos testigos. Los testamentos así hechos quedarán ineficaces una vez desaparecido el peligro en cuya consideración están admitidos.

Nada dice el Código Civil acerca de las formalidades con que ha de escribirse el testamento ológrafo de los viajeros ó tripulantes de una embarcación, por lo cual se presenta la cuestión de si valdrá ó no el otorgado en papel que no sea sellado. Hay

quien cree que el exigir que se haga en papel sellado el testamento ológrafo escrito durante un viaje marítimo, equivaldría á negar esta forma de testar á los navegantes, por la gran dificultad de hallar á bordo papel de dicha clase. Además, como el empleo del papel sellado en esta clase de testamentos no tiene otro objeto que identificar el tiempo en que se hizo, y esto se consigue de igual ó mejor modo con la nota que en el Diario de navegación se ha de poner, concluyen afirmando que el testamento marítimo ológrafo será válido aunque no esté escrito en papel sellado.

Sin negar nosotros racionalidad á este modo de discurrir, creemos que la conclusión no es aceptable, y que por el contrario debe declararse nulo el testamento marítimo ológrafo que no esté escrito en papel sellado; fundándonos para ello en las siguientes razones: 1^a Que la ley, al no hablar nada en este punto, marcando excepción al art. 688, que con carácter de general formula el principio de que el testamento ológrafo debe escribirse en papel sellado del año correspondiente, quiere que se cumplan en el testamento marítimo ológrafo las mismas formalidades que en el que en tierra se hace de esta clase; pues si otra cosa hubiera querido el legislador, en el sentido de simplificar más todavía esta forma de testar, lo hubiera dicho como ha hecho al hablar de los testamentos ológrafos otorgados por un español en territorio extranjero, y de los abiertos y cerrados que se otorguen durante un viaje marítimo ó en tiempo de guerra en campaña: 2^a Que la dificultad de hallar á bordo papel sellado, no puede estimarse como causa suficiente á relevar de esta obligación al testador, porque entonces habría que admitir muchos casos de excepción aun *en tierra*, por haber pueblos en que no es más fácil hallar papel sellado, que en una embarcación marítima: á prevención puede llevarlo el navegante, como puede tenerlo en su casa el particular: y 3^a Que ninguna circunstancia especial aconseja la concesión, por ser de suyo demasiado sencillas las formas del testamento marítimo abierto y cerrado en los que solo se exige la intervención de un funcionario de la tripulación que hace las veces de Notario, y dos testigos; no ha-

biendo entre ellas más distinción que la de ser ó no ser conocida para dicho funcionario y testigos la voluntad del testador, como sucede en los comunes: y sobre todo, que no puede pedirse más simplicidad de formalidades para testar durante un viaje marítimo, después de decir la ley que puede testarse de palabra ante dos testigos en los casos de peligro de naufragio.

Si la ley hace mención del testamento ológrafo al hablar de las clases del testamento marítimo, es solo para determinar que se hará mención de ellos en el Diario de navegación, partiendo del principio de que es forma de testar para todo tiempo y lugar concedida; y para decir qué es lo que ha de hacerse con este testamento cuando el testador fallece durante el viaje.

Principios legales referentes á la custodia y entrega de los testamentos marítimos.—Los testamentos abiertos y los cerrados cuya custodia no se reserve el mismo testador, hechos en alta mar, serán custodiados por el Comandante ó por el Capitán y se hará mención de ellos en el Diario de navegación: y al llegar el buque á un puerto extranjero donde haya Agente diplomático ó consular de España, entregarán á éste copia del testamento, que llevará las mismas firmas que el original, siendo posible, y si no se autorizará por quien hubiese recibido el testamento: dicho Agente, después de extender por escrito diligencia de la entrega, mandará la copia del testamento, con la nota del Diario, al Ministro de Marina, quien también recibirá por conducto de la Autoridad marítima local el mismo testamento original, para que, al fallecer el testador, remita el testamento al Juez del último domicilio del finado, y si no es conocido, al Decano de los de Madrid, para que de oficio cite á los herederos y demás interesados en la sucesión.

Si el testamento fuese ológrafo, ó cerrado que lo conservase el testador en su poder, y durante el viaje fallece el testador, el Comandante ó Capitán recogerán el testamento para custodiarlo, haciendo mención de ello en el Diario, y lo entregarán á la Autoridad marítima local, al llegar al primer puerto de España, en la forma y para los efectos que decimos en el párrafo anterior.

Cuando se trate de un testamento, de cualquiera clase que

sea, otorgado por un extranjero en buque español, el Ministro de Marina remitirá el testamento al de Estado, para que por la vía diplomática se le dé el curso que corresponda (1).

Término durante el cual son eficaces los testamentos marítimos.

—Si el testador marítimo fallece en el viaje, su testamento surte efectos en todo y para todo, siempre que en su otorgamiento se hayan observado cuantas formalidades previenen las leyes para cada caso; pero si el testador termina el viaje con felicidad, el testamento abierto ó cerrado que hubiere otorgado caducarán pasados cuatro meses, contados desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en la forma ordinaria. Es lo mismo que sucede con el testamento militar, cuando el testador no muere y termina la campaña.

Al hablar de este particular nada dice la ley de los testamentos ológrafos hechos por los que durante un viaje marítimo vayan á bordo; ante cuyo silencio se presenta también la cuestión de si caducarán ó no en sus efectos al término dicho de los cuatro meses.

Según unos, el principio dicho de caducidad debe entenderse de aplicación general á todo testamento marítimo, porque si se admitió que durante un viaje por mar pudieran testar á bordo cuantos embarcados van, por el peligro ó riesgo que en todo momento corren y en atención á no poderse cumplir las formalidades ordinarias, pasada ó desaparecida la causa, igual para todas las clases de testamento marítimo, todos deben cesar en sus efectos en el mismo plazo ó término.

Los que así piensan parten de un principio erróneo, á juicio nuestro, cual es, el de considerar que hay algo de especial en el testamento ológrafo hecho durante un viaje por mar; especialidad que refieren á la prescripción del papel sellado. Pero como esto ya sabemos que no puede admitirse, sucede que el testamento ológrafo nada tiene de extraordinario cuando se hace á bordo, y por tanto ninguna excepción se puede hacer para este caso, en cuanto á sus efectos. En esta misma razón creemos que ha debido fun-

(1) Art. 723 del Código Civil.

darse el legislador al no mencionar esta forma de testar al hablar del término de caducidad de los testamentos marítimos; y si así es, será un argumento más que podremos aducir en pró de nuestra opinión de que el testamento marítimo ológrafo ha de escribirse en papel sellado, pues no es presumible una omisión *inconsciente* por parte del legislador en puntos tan importantes.

Testamento hecho en país extranjero.—En tercero y último lugar estudia el Código Civil, entre los testamentos *especiales*, el hecho en país extranjero; así calificados lo mismo el que el español otorga en el territorio de una Nación extraña, que el que se hace en buque extranjero; debiendo cumplir en uno y otro caso las formalidades prevenidas por las leyes del país en que se halle, ó á que corresponda el buque extranjero en que haga el testamento.

Esta forma de testar se somete *en principio* á las formalidades de las leyes del país en que el testamento se otorgue, porque el principio general admitido en este punto es el de *locus regit actum*, confirmado por el art. 11 de nuestro Código Civil, que determina, que la forma y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos se rigen por las leyes del país en que se otorguen.

El testamento hecho en país extranjero carece de precedentes en nuestros Códigos antiguos, pues es institución nueva, nacida para responder á necesidades que la actual vida de relación crea, según la cual se ve que los individuos de una Nación traspasan frecuentemente las fronteras de su país, teniendo en las relaciones civiles igual consideración que los nacionales: así lo declaran hoy las leyes de todos los países civilizados, y así lo reconoce nuestra moderna Ley civil, bien que con las limitaciones ó excepciones procedentes de los principios del Derecho Internacional. No son hoy, como lo fueron en algún tiempo, sinónimos los términos *extranjero* y *enemigo*, y el Derecho nuevo, al reconocer estos principios, ha tenido que dar reglas para su aplicación, y de aquí que se diga en el art. 732 de nuestro Código Civil, que los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose á las formas establecidas por las leyes del país

en que se hallen; y que también podrán testar en alta mar, durante su navegación en un buque extranjero, con sujeción á las leyes de la nación á que el buque pertenezca.

Formas de los testamentos hechos en país extranjero.—Si el precepto que dejamos apuntado no tuviera la significación de principio general, al lado del cual se presentan excepciones, cumpliríamos con decir que dichas formas serán en todo caso las mismas admitidas por las leyes del país en que el testamento se haga; pero como nuestra Ley civil positiva establece concretamente las mismas formas comunes para testar en el extranjero, con las solemnidades que después apuntaremos, resulta que el español podrá testar fuera de su país, ora en las formas que señalen las leyes de aquel en que se encuentre, ora en las admitidas por su derecho propio. Por eso decimos antes, que solo *en principio* se somete el testamento de un español á las formalidades del país extranjero en que se encuentre.

El Código Civil, admite que un español, aun fuera de su territorio, pueda testar en las tres formas que distingue en los testamentos comunes, pues le consiente testar en forma *ológrafo*, ú otorgar testamento *abierto ó cerrado*, ante el Agente diplomático ó consular de España, residente en el lugar del otorgamiento, que hará las veces de Notario, y tres ó cinco testigos, respectivamente, sin exigirse en ellos la condición del domicilio, aunque sí las demás formalidades comunes.

Y hasta tal punto quiere la ley que los españoles puedan testar en el extranjero en cualquiera de las tres formas comunes admitidas en España, que al decir que pueden hacer testamento *ológrafo*, expresa que quedan facultados para ello, *aun en los países cuyas leyes no admiten dicho testamento*; relevándolos del uso del papel sellado, sin duda en consideración á la casi imposibilidad de poder cumplir con este requisito, exigido como necesario en los otorgados en España. Declaración que en especial hace la ley cuando habla del testamento *ológrafo* y no del abierto y cerrado, por ser institución nueva y, seguramente, menos generalizada que la de estos últimos.

En cambio prohíbe, también por modo expreso, el testa-

mento *mancomunado*, declarando que no será válido en España el testamento de esta clase que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado (1).

De lo que nada dice el Código Civil es de la capacidad que en cada caso se ha de exigir para los testamentos que los españoles otorguen en el extranjero; cuyo silencio debe interpretarse en el sentido de que los principios porque se rige la capacidad para testar en estos casos no son distintos de los explicados al hablar de la capacidad en general para hacer testamento, y de la excepción de que el ológrafo solo puede ser hecho por personas mayores de edad, por el principio de que donde la ley no distingue no nos es permitido distinguir, y porque si otro hubiera sido el propósito del legislador lo hubiera expresado, como ha hecho al exceptuar al testamento ológrafo de la formalidad de haberse de escribir en papel sellado. Además, que como es sabido, las leyes relativas á los derechos y deberes de familia ó al estado, condición y *capacidad legal* de las personas, obligan á los españoles, aunque residan en país extranjero (2), ó como tiene dicho el Tribunal Supremo, al extranjero le acompañan su *estado y capacidad*, y deben aplicársele las leyes de su país para evitar los inconvenientes de no juzgarle por una sola ley, cuando esto no contradiga los principios de orden público y los intereses de la Nación en que hace sus reclamaciones.

Deberes que la ley impone al Agente diplomático ó consular que haya autorizado el testamento de un español en el extranjero.—Si el testamento es abierto, dicho Agente debe remitir copia de él al Ministerio de Estado, que autorizará con su sello y firma; y si es cerrado, remitirá con iguales formalidades al mismo centro una copia del acta de su otorgamiento. En ambos casos la nota ó copia remitida sirve de antecedente para hacer la inscripción en el Libro-registro que en dicho Ministerio se lleva, de las disposiciones de última voluntad otorgadas por españoles en el extranjero.

(1) Art. 763 del Código Civil.

(2) Art. 9º id. id.

Cuando el testador fallezca, debe el mencionado Agente remitir al mismo Ministerio de Estado los testamentos originales que el testador español hubiese depositado en su poder, con certificado de la defunción, para que por dicho centro se publique en la *Gaceta de Madrid* la noticia del fallecimiento, á fin de que los interesados en la herencia puedan recoger el testamento y gestionar su protocolización en la forma prevenida (1).

Nada dice la ley acerca de cuándo y cómo se hará la entrega del testamento que el testador hubiera depositado en poder de una tercera persona; ante cuyo silencio creemos que es de aplicar por analogía lo dispuesto en el art. 712 del Código; esto es, que la persona depositaria deberá presentar el testamento al Agente diplomático ó consular, ó directamente en el Ministerio de Estado, ó al Juez competente, si hubiera ya regresado á España, en el término de diez días, á contar desde que tuvo noticia de la muerte del testador, para que en todo caso pueda cumplirse con la formalidad que antes decimos, de llamar á los interesados en la herencia, y gestionar la protocolización en la forma ordinaria, que es la establecida por la Ley de Enjuiciamiento civil.

(1) Art. 736 del Código Civil.

DOCTRINA LEGAL

Art. 716 En tiempo de guerra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército, ó que sigan á éste, podrán otorgar su testamento ante un Oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán.

Es aplicable esta disposición á los individuos de un ejército que se halle en país extranjero.

Si el testador estuviere enfermo ó herido, podrá otorgarlo ante el Capellán ó el Facultativo que le asista.

Si estuviere en destacamento, ante el que lo mande, aunque sea subalterno.

En todos los casos de este artículo será siempre necesaria la presencia de dos testigos idóneos.

Art. 717 También podrán las personas mencionadas en el artículo anterior otorgar testamento cerrado ante un Comisario de guerra, que ejercerá en este caso las funciones de Notario, observándose las disposiciones de los artículos 706 y siguientes.

Art. 718 Los testamentos otorgados con arreglo á los dos artículos anteriores deberán ser remitidos con la posible brevedad al cuartel general, y por este al Ministro de la Guerra.

El ministro, si hubiese fallecido el testador, remitirá el testamento al Juez del último domicilio del difunto, y, no siéndole conocido, al Decano de los de Madrid, para que de oficio cite á los herederos.

ros y demás interesados en la sucesión. Estos deberán solicitar que se eleve á escritura pública y se protocolice en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento civil.

Cuando sea cerrado el testamento, el Juez procederá de oficio á su apertura en la forma prevenida en dicha ley, con citación é intervencióndel Ministerio fiscal, y después de abierto lo pondrá en conocimiento de los herederos y demás interesados.

Art. 719 Los testamentos mencionados en el artículo 716 caducarán cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña.

Art. 720 Durante una batalla, asalto, combate, y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra, podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos.

Pero este testamento quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó.

Aunque no se salvare, será ineficaz el testamento si no se formaliza por los testigos ante el Auditor de guerra ó funcionario de justicia que siga al ejército, procediéndose después en la forma prevenida en el art. 718.

Art. 721 Si fuere cerrado el testamento militar, se observará lo prevenido en los artículos 706 y 707; pero se otorgará ante el Oficial y los dos testigos que para el abierto exige el art. 716, debiendo firmar todos ellos el acta de otorgamiento, como así mismo el testador, si pudiere.

Art. 722 Los testamentos, abiertos ó cerrados,

de los que durante un viaje marítimo vayan á bordo, se otorgarán en la forma siguiente:

Si el buque es de guerra, ante el Contador ó el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos idóneos, que vean y entiendan al testador. El Comandante del buque, ó el que haga sus veces, pondrá además su V^o B^o.

En los buques mercantes autorizará el testamento el Capitán, ó el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos idóneos.

En uno y otro caso los testigos se elegirán entre los pasajeros, si los hubiere; pero uno de ellos, por lo menos, ha de poder firmar, el cual lo hará por sí y por el testador, si éste no sabe ó no puede hacerlo.

Si el testamento fuera abierto, se observará además lo prevenido en el art. 695, y, si fuere cerrado, lo que se ordena en la sección sexta de este capítulo, con exclusión de lo relativo al número de testigos é intervención del Notario.

Art. 723 El testamento del Contador del buque de guerra y del Capitán del mercante serán autorizados por quien deba sustituirlos en el cargo, observándose para lo demás lo dispuesto en el artículo anterior.

Art. 724 Los testamentos abiertos hechos en alta mar serán custodiados por el Comandante ó por el Capitán, y se hará mención de ellos en el Diario de navegación.

La misma mención se hará de los ológrafos y los cerrados.

Art. 725 Si el buque arribase á un puerto extranjero donde haya Agente diplomático ó consular de España, el Comandante del de guerra, ó el Capitán del mercante, entregará á dicho Agente copia del testamento abierto ó del acta de otorgamiento del cerrado, y de la nota tomada en el Diario.

La copia del testamento ó del acta deberá llevar las mismas firmas que el original, si viven y están á bordo los que lo firmaron; en otro caso será autorizada por el Contador ó Capitán que hubiese recibido el testamento, ó el que haga sus veces, firmando también los que estén á bordo de los que intervinieron en el testamento.

El Agente diplomático ó consular hará extender por escrito diligencia de la entrega, y, cerrada y sellada la copia del testamento ó la del acta del otorgamiento si fuere cerrado, la remitirá con la nota del Diario por el conducto correspondiente al Ministro de Marina, quien mandará que se deposite en el Archivo de su Ministerio.

El Comandante ó Capitán que haga la entrega recogerá del Agente diplomático ó consular certificación de haberlo verificado, y tomará nota de ella en el Diario de navegación.

Art. 726 Cuando el buque, sea de guerra ó mercante, arribe al primer puerto del Reino, el Comandante ó Capitán entregará el testamento original, cerrado y sellado, á la Autoridad marítima local, con copia de la nota tomada en el Diario; y, si hubiese fallecido el testador, certificación que lo acredite.

La entrega se acreditará en la forma prevenida en el artículo anterior, y la Autoridad marítima lo remitirá todo sin dilación al Ministerio de Marina.

Art. 727 Si hubiese fallecido el testador y fuere abierto el testamento el Ministro de Marina practicará lo que se dispone en el art. 718.

Art. 728 Cuando el testamento haya sido otorgado por un extranjero en buque español, el Ministro de Marina remitirá el testamento al de Estado, para que por la vía diplomática se le dé el curso que corresponda.

Art. 729 Si fuere ológrafo el testamento y durante el viaje falleciera el testador, el Comandante ó Capitán recogerá el testamento para custodiarlo, haciendo mención de ello en el Diario, y lo entregará á la Autoridad marítima local, en la forma y para los efectos prevenidos en el artículo anterior, cuando el buque arribe al primer puerto del Reino.

Lo mismo se practicará cuando sea cerrado el testamento, si lo conservaba en su poder el testador al tiempo de su muerte.

Art. 730 Los testamentos, abiertos y cerrados, otorgados con arreglo á lo prevenido en esta sección, caducarán pasados cuatro meses, contados desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en forma ordinaria.

Art. 731 Si hubiere peligro de naufragio, será aplicable á las tripulaciones y pasajeros de los buques de guerra ó mercantes lo dispuesto en el artículo 720.

Art. 732 Los españoles podrán testar fuera del

territorio nacional, sujetándose á las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen.

También podrán testar en alta mar, durante su navegación en un buque extranjero, con sujeción á las leyes de la Nación á que el buque pertenezca.

Podrán así mismo hacer testamento ológrafo con arreglo al art. 688 sin el requisito de papel sellado, aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento.

Art. 733 No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el art. 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado.

Art. 734 También podrán los españoles que se encuentren en país extranjero otorgar su testamento, abierto ó cerrado, ante el Agente diplomático ó consular de España residente en el lugar del otorgamiento.

En estos casos dicho Agente hará las veces de Notario, y se observarán respectivamente todas las formalidades establecidas en las secciones quinta y sexta de este capítulo, no siendo, sin embargo, necesaria la condición del domicilio en los testigos.

Art. 735 El Agente diplomático ó consular remitirá, autorizada con su firma y sello, copia del testamento abierto, ó del acta de otorgamiento del cerrado, al Ministerio de Estado para que se deposite en su Archivo.

Art. 736 El Agente diplomático ó consular, en cuyo poder hubiese depositado su testamento oló-

grafo ó cerrado un español, lo remitirá al Ministerio de Estado cuando fallezca el testador, con el certificado de defunción.

El Ministerio de Estado hará publicar en la *Gaceta de Madrid* la noticia del fallecimiento, para que los interesados en la herencia puedan recoger el testamento y gestionar su protocolización en la forma prevenida.

APLICACION PRACTICA

El testamento que hace un extranjero en España es válido, si en su otorgamiento se cumplen las formalidades prevenidas para el caso por las leyes de su país, y la sentencia que así lo declara no infringe disposición alguna del Código Civil, contra lo que no puede admitirse el supuesto no probado de que el testador ha renunciado á su ciudadanía, pues para que se tuviera esta por renunciada, debería haberse seguido el procedimiento propio especial para obtener carta de naturaleza como español. (Sent. de 11 de Diciembre de 1893).

Del mismo modo que según el art. 9º del Código Civil, las leyes referentes á la capacidad legal de las personas, y á la manera de completarla, cuando es deficiente, obligan á los españoles, aunque residan en país extranjero, así también para apreciar la capacidad de un extranjero en España, deben ser atendidas las leyes de su país, en virtud del principio de la reciprocidad. (Resolución de 7 de Diciembre de 1894).



APLICACION PRACTICA

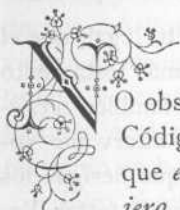
El testamento que hace un extranjero en España es válido si en su cumplimiento se cumplen las formalidades prescritas para el caso por las leyes de su país. Y si además, que se le hubiese de atribuir alguna de las disposiciones del Código Civil, en caso de no poder atribuirse el supuesto no probado de que el testador ha renunciado a su ciudadanía, pues para que se tuviera esta por renunciada, debería haberse seguido el procedimiento que se especifica para obtener carta de naturalización como español. (Sent. de 11 de Diciembre de 1891).

Del mismo modo que según el art. 9.º del Código Civil, las leyes relativas a la capacidad legal de las personas, y a la forma de completar, cuando es deficiente, obligan a los españoles que residen en país extranjero, así también para aplicar la ley de un extranjero en España, deben ser atendidas las leyes de su país, en virtud del principio de la reciprocidad. (Sent. de 7 de Diciembre de 1891).

...

CAPITULO XI

Indicación de otros varios testamentos que merecen también la consideración de especiales



O obstante de decir los legisladores de nuestro nuevo Código Civil, que no hay más testamentos especiales que *el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero*, podemos afirmar, con todo el respeto que es debido á los autores de tan *desordenada* obra legal, que hay otros varios testamentos que deben ser llamados *especiales*, si es que no hemos de negar que merecen tal nombre aquellos cuyo otorgamiento exige formalidades *de más ó de menos*, comparados con las formas ordinarias ó comunes de testar. Y no es uno ni dos los testamentos que sin ajustarse á esos moldes ordinarios son estimados como eficaces por esos mismos legisladores que los excluyen de la categoría que les es propia: son varios, y de todos nos hemos de ocupar, indicando, aunque sea brevemente, en qué consiste su especialidad.

A) *Testamento que el demente hace en intervalo lúcido*.—Al explicar los principios generales acerca de la capacidad para testar, consignamos que la demencia habitual ó accidental incapa-

citaba para hacer testamento al que la padecía; pero al lado de este principio consigna la ley la excepción del testamento hecho en intervalo lúcido, el cual puede ser válido, bien que cumpliendo en él con una determinada formalidad, que es la que dá carácter de especial á este testamento. Esta formalidad es, la asistencia de dos Facultativos designados por el Notario, que préviamente reconocerán al testador, para informar sobre el estado de sus facultades mentales; y no se otorgará el testamento, sino cuando dichos peritos respondan de la capacidad del que pretende testar, debiendo dar fé de su dictamen en el testamento, que suscribirán con los testigos.

La doctrina indicada, que es la contenida en el art. 665, dá lugar á una serie de dudas nacidas por la falta de claridad con que el legislador se ha explicado en este punto, y por el empleo de términos que si ha de dárselos su verdadera significación, imposibilitarán que en la generalidad de los casos pueda el demente testar en intervalo lúcido.

En primer término, parece deducirse del texto legal, que el demente, en intervalo lúcido, no podrá otorgar más testamento que en la forma del llamado *abierto*, ó á lo sumo también *cerrado*, porque son las únicas formas de testar en que interviene Notario, cuyo funcionario se dice por la ley será el que designe los Facultativos que hayan de reconocer al que pretenda testar. Pero esta doctrina no nos parece aceptable, y creemos que debe interpretarse el precepto legal en el sentido de que al pretender un demente hacer testamento *abierto ó cerrado* en un momento de lucidez, el Notario, que necesariamente ha de intervenir, solicitará la asistencia de dos Facultativos que le informen acerca del estado mental del que quiere testar, sin cuya formalidad el testamento podrá ser declarado nulo; cargando el Notario con la responsabilidad consiguiente, por autorizar un testamento no otorgado con las debidas formalidades. Entendemos que cualquiera otra clase de testamento que el demente haga en un momento de lucidez, puede ser válido; lo que sucederá es, que se necesitará una mayor prueba para afirmar ó negar con resultado la validez del testamento. Y nótese que decimos para *afirmar* ó

negar, porque opinamos que la prueba incumbirá al que sostenga la validez en un caso, y al que pretenda sea declarado nulo el testamento, en otro. Para mayor claridad fijémosnos en un caso concreto, que al propio tiempo que facilita la inteligencia de nuestra afirmación, enseñe la racionalidad con que puede defenderse que será válido otra cualquiera clase de testamento que el común *abierto ó cerrado*, que el demente haga en un intervalo lúcido. Supongamos un testamento ológrafo hecho por un demente en un momento de despejo en sus facultades mentales; ¿será válido dicho testamento? Nosotros pronunciamos nuestro juicio en pró de la afirmativa, porque en el momento en que se hizo tenía capacidad el sujeto, y la ley, sin excepción de casos, dice: que para apreciar la capacidad del testador se atenderá *únicamente* al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento. Por otra parte, no se nos alcanza la razón con que pueda defenderse la validez de un testamento *abierto ó cerrado* otorgado en esas condiciones, y se diga que no vale el *ológrafo*: y no se arguya que porque aquellos, si se cumplieron las formalidades prevenidas llevan ya al otorgarse un informe técnico favorable que no admite prueba en contrario, porque esto no es verdad, pues puede entablarse acción de nulidad, y prosperar, contra un testamento otorgado en las condiciones de referencia.

Pero ¿á quién incumbirá la prueba? A juicio nuestro habrá que distinguir si el autor del testamento ológrafo, tenido por demente, ha sido declarado en ese estado de incapacidad general previa la formación del correspondiente expediente ó no: en el primer caso la prueba corresponderá al que sostenga la validez del testamento, porque respecto de la capacidad del testador se tiene formada la presunción (1) que en derecho se llama *juris tantum* de que tal sujeto es incapaz para los actos todos de la vida civil, y por tanto para testar; pero en el segundo caso la

(1) Nótese que decimos *presunción* en todo caso, y *presunción juris tantum*, porque la ley admite siempre prueba en contrario, sin duda partiendo de las vacilaciones que en este punto tiene también la ciencia médica, dada la obscuridad con que se presentan las causas de las enfermedades mentales.

prueba incumbirá al que sostenga la nulidad, porque esa misma presunción que antes decimos, está ahora de parte de que el sujeto es capaz.

Esto que decimos de la demencia en el testamento ológrafo, puede ser aplicable lo mismo á cualquiera otra forma de testar, incluso el testamento *abierto* y *cerrado*, siquiera en estos la presunción de capacidad ó incapacidad arranque del dictamen pericial, emitido en la forma dicha.

B) *Testamento hecho en lengua extranjera*.—De la misma manera que el español puede testar en el extranjero, también puede el extranjero testar en España, en su propio idioma, cumpliendo con el requisito especial de la presencia de dos intérpretes (1) elegidos por el testador, que traduzcan su disposición al castellano. El testamento se deberá escribir en las dos lenguas. Así lo dispone el art. 684 del vigente Código Civil.

Llamamos especial á este testamento, por la doble particularidad, no presentada por ningún otro, de haber de asistir intérpretes á su otorgamiento, y deber escribirse el testamento en el idioma propio del testador y en castellano; conforme con la traducción que los intérpretes hagan.

Lo que no dice la ley es si en este caso ha de cumplirse con el requisito de conocimiento del testador por el Notario y testigos; y por más que no falta razón para inclinarse por la afirmativa, por ser la formalidad del conocimiento exigida por la ley al hablar de las formalidades generales de los testamentos todos, creemos que puede dispensarse en este caso especial, cuando no haya medios directos ni indirectos de conocer al testador: siempre sin perjuicio de los ulteriores efectos que esta falta pueda producir, aun no afectando á la validez del testamento, ni haciendo de ella responsable al Notario autorizante del mismo.

También puede producir dudas la aplicación del precepto, en cuanto á la clase de testamentos á que es aplicable, pues si bien parece deducirse de su redacción que solo se refiere á los

(1) La primera edición oficial del Código exigía que los intérpretes fueran juramentados.

abiertos, creemos que el espíritu de la ley no puede ser el denegar la facultad de testar en otra forma á los extranjeros residentes en España, porque cuando la ley habla en general de las formas de testar y señala formalidades para cada una, no hace excepción alguna entre españoles y extranjeros. Pero no solo el espíritu de la ley abona nuestra opinión, sino hasta su misma letra la confirma, pues bien expresamente se dice en el último párrafo del art. 688 del Código Civil, que los extranjeros podrán otorgar testamento *ológrafo* en su propio idioma.

Por último, debemos dejar consignado, que el extranjero puede otorgar testamento en su propio idioma, lo mismo en cualquiera punto de España, que en un buque español; debiendo en este caso remitir el Ministro de Marina al de Estado el testamento, para que por la vía diplomática se le dé el curso correspondiente, según dejamos consignado anteriormente.

C) *Testamento del sordo*.—No es la sordera causa que incapacite para los efectos de la testamentifacción; pero con el fin de rodear de las posibles garantías el testamento de los que fueren enteramente sordos, y evitar las suplantaciones de su postrera voluntad, la ley ordena que en este caso debe el testador leer por sí mismo el testamento; y, si no sabe ó no puede, designará dos personas que lo lean en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del Notario (1). Por más que este precepto parece que se limita á los testamentos *abiertos*, entendemos que no quiere significar en manera alguna que el sordo por completo no puede testar en otras formas; sino, que cuando el testamento que otorgue sea *abierto*, se observará esa especial formalidad, y cuando *cerrado* ú *ológrafo*, las solemnidades comunes.

D) *Testamento del sordo-mudo*.—No es la *sordo-mudez* causa tan limitada de incapacidad como es la *sordera*: aunque esta sea completa no incapacita al que la sufre, para el ejercicio de los derechos civiles, sino que en algunos casos, como acabamos de ver en la testamentifacción activa, necesita cumplirse alguna formalidad especial, para que el que la padece pueda actuar su

(1) Art. 697 del Código Civil.

capacidad con el resultado que lo hacen los hombres de ordinario. En cambio la *sordo-mudo*s produce, en general, incapacidad, cuando el sujeto que la padece no puede administrar sus bienes por tal causa: en cuyo caso es sometido á tutela, bien que para llegar á este extremo haya que declarar previamente que carece de medios para su administración; declaración judicial que ha de hacerse en juicio sumario, fijando la extensión y límites de la tutela, según el grado de incapacidad que presente. Y concretando la cuestión á lo que ahora nos importa conocer, que es la forma especial en que los sordo-mudos pueden testar, podemos decir, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 709 del Código Civil, que los sordo-mudos que sepan y puedan escribir, podrán otorgar testamento *cerrado*, con las formalidades siguientes: 1ª El testamento ha de estar todo escrito y firmado por el testador, con expresión del lugar, día, mes y año. 2ª Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, á presencia del Notario y de los testigos, que aquel pliego contiene su testamento y que está escrito y firmado por él. 3ª A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fé el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707 (I), en lo que sea aplicable al caso.

Como la ley no habla de la forma en que puede testar el *sordo-mudo*, más que al estudiar el testamento cerrado, parece que al que padece esta doble afección no le es permitido hacer más testamento que el *cerrado*, lo cual no es exacto, á juicio nuestro; pues creemos que podrá también otorgar testamento *abierto* y *ológrafo*, puesto que en ambas formas puede valerse del medio de la escritura: en el último, porque es requisito esencial que lo escriba el testador, y en el *abierto*, porque sabido es que el testador puede lo mismo presentar por escrito su disposición testamentaria, que ordenarla de palabra. Lo que sucederá será, que al testamento *abierto* del *sordo-mudo*, habrá que darle

(1) Este artículo se refiere á las solemnidades ordinarias del testamento cerrado.

lectura por dos personas que el testador designe (1). El testamento *ológrafo* del *sordo-mudo* ninguna formalidad especial requiere, dada su naturaleza.

Tal es, á juicio nuestro, la manera como debe entenderse la legalidad vigente en lo que respecta á la capacidad del *sordo-mudo* para testar; doctrina que ha derogado la prohibición absoluta que el Derecho antiguo había establecido para los sordomudos en materia de testamentifacción activa, pareciéndonos aceptable la reforma, ya que los que padecen la sordo-mudez pueden disponer de medios, como es la escritura, para ordenar sus disposiciones de última voluntad, sin que haya lugar á duda racional de la certeza y autenticidad de esta.

E) *Testamento del ciego*.—El testamento del ciego, de antiguo conocido y calificado de especial por excepción, es sancionado por nuestro Código Civil vigente, siquiera no le señale con la particularidad de haber de ser mayor el número de testigos que á su otorgamiento concurren, y solo sí, por la doble lectura que á dicho testamento hay que dar: una por el Notario autorizante, en alta é inteligible voz, y otra en igual forma por uno de los testigos ú otra persona que el testador designe.

Respecto á las formas de testar de que el ciego puede hacer uso, debemos hacer notar que el Código Civil lo autoriza de una manera expresa para el *abierto*; explícitamente le niega que pueda hacer testamento *cerrado*, y nada dice con relación al *ológrafo*.

Esta conducta del legislador hace que nos preguntemos: ¿puede el ciego hacer testamento *ológrafo*? Razones hay, en verdad, para contestar en uno y otro sentido á esta pregunta; porque si por un lado se afirma, en virtud de que si el legislador quería haberlo prohibido lo debería haber hecho constar expresamente, como ha hecho al hablar del testamento cerrado, por la misma razón puede negarse, en vista de que no se reconoce ex-

(1) Así juzgamos por analogía con lo que se hace en el testamento *abierto* del que es completamente sordo: disintiendo de la opinión de algunos tratadistas, que creen que el testamento *abierto* del sordo-mudo no necesita ningún requisito especial para su validez.

presamente esta facultad, como sucede cuando se habla del testamento abierto: de modo, que la cuestión no podemos resolverla por el criterio ó regla de interpretación de *inclusio unius est exclusio alterius*.

Nosotros creemos, sin embargo, que la contestación afirmativa es la más racional y conforme con el espíritu que informa al actual Derecho civil en materia de testamentifacción activa, que es, según repetidas veces hemos dicho, ampliar en lo posible esta facultad, hasta donde lo permita la presunción ó probabilidad de que queda garantida la voluntad del testador, y alejada toda sospecha de probable suplantación. Y si esto es así, ¿cómo niegan esa facultad al ciego, para el testamento ológrafo, hoy que los medios de instrucción para éstos desgraciados hacen que puedan escribir con una relativa facilidad, única circunstancia que, además de la mayoría de edad, se exige para testar en forma ológrafa?

Presente tenemos al hacer esta afirmación, que los que en contrario opinan pueden objetarnos en el sentido de que no debe permitirse al ciego esta forma de testar, por lo fácil que es, dado su estado, la suplantación de su voluntad. Pero creemos que pensando un poco sobre el particular no puede concederse ningún fundamento de verdad á la objeción, porque sabido es cuan fácil se presenta para el ciego la custodia de aquello que secretamente escribe como expresión de su voluntad, y cómo por el desarrollo y educación del sentido del *tacto* puede el ciego conocer y destruir el fraude cometido por quien abusando de su desgracia quisiera aprovecharse de los efectos de una criminal acción. Además, que también el ciego, lo mismo que el que no lo es, puede depositar su testamento ológrafo en poder de otra persona de su confianza, y en este caso no es mayor el riesgo que corre el testamento del ciego, que el hecho por persona cuyos sentidos todos están sanos y desarrollados.

F) *Testamento otorgado en inminente peligro de muerte.*— Descoso el legislador de facilitar medios para la ordenación de las últimas voluntades, aun sin tener que temer nada de lo que en Roma pasaba al que moría sin heredero nombrado; y conociendo

do lo frecuente que es el caso de no poder cumplir en un momento de verdadero apremio las formalidades de ordinario exigidas para testar, ha declarado, que si el testador se hallare en inminente peligro de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario (1).

Precedentes históricos del testamento hecho en peligro de muerte.—No es verdad, como afirman muchos expositores de nuestro Derecho civil, que esta forma de testar no tiene precedentes en nuestro Derecho antiguo: antes por el contrario sucede, que el testamento á que nos referimos tiene su origen en el primero de nuestros Códigos, lo estudiaron los posteriores y lo sanciona y reglamenta el actualmente vigente.

El Fuero Juzgo admitió que pudieran testar en peligro inminente de muerte aun aquellos que por razón de edad estaban de ordinario incapacitados para hacerlo; pues concedió la testamentifacción activa para este caso excepcional á los mayores de diez años, cuando en principio exigía catorce para testar, si bien con la declaración de que el testamento hecho en tales momentos quedaría ineficaz si el testador salía del peligro y no lo ratificaba al llegar á los catorce años.

Pero donde más marcadamente se señala el precedente de esta forma de testar, es en el tantas veces citado Ordenamiento de Alcalá, cuya nunca bien ponderada Ley única del tít. 19 produjo una verdadera y beneficiosa revolución en la inmensa mayoría de las doctrinas que con anterioridad á su publicación habían venido rigiendo sobre los puntos más importantes de la testamentifacción activa. Dicha ley estableció, entre otras, la forma de testar nuncupativamente, ante cinco testigos vecinos, que es, en realidad, la misma sancionada ahora, siquiera sea con carácter supletorio, para el caso de inminente peligro de muerte. Y no solo sancionó esta clase de testamento, sino que le dió una mayor importancia de la que hoy tiene, porque le dió la consideración de forma principal, que indistintamente podía usarse con la de ante Notario y tres testigos.

(1) Art. 700 del Código Civil.

Principios del Derecho positivo sobre el testamento otorgado en inminente peligro de muerte.—Las doctrinas proclamadas por el Ordenamiento de Alcalá han venido rigiendo en el punto que estudiamos, hasta hoy que han recibido nueva sanción en el Código Civil, con variación algún tanto esencial y por ende de importancia, porque en la actualidad solo por *accidente* puede testarse ante cinco testigos idóneos sin necesidad de Notario.

La idoneidad en los testigos supone que han de reunir las condiciones de capacidad que en su lugar dejamos explicadas; debiendo además en este caso conocer al testador, según determina expresamente el párrafo segundo del art. 685 del Código.

El testamento hecho sin autorización de Notario y ante cinco testigos, estando el testador en inminente peligro de muerte, debe escribirse, siendo posible; y hasta tal punto se exige esta condición, que el Tribunal Supremo tiene recientemente declarado que es nulo el testamento cuando *fué posible escribirlo y no se escribió*, siendo de la apreciación del Tribunal sentenciar la determinación de la posibilidad.

Pero el testamento otorgado en las condiciones á que nos venimos refiriendo, tiene una limitada eficacia por razón del tiempo, si el testador sale del peligro, ó por la falta de otras formalidades que en el mismo han de cumplirse, si el testador fallece de aquella enfermedad: queda sin eficacia si pasasen dos meses desde que el testador salió del peligro de muerte; y cuando el testador falleciese en dicho plazo, si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Tribunal competente para que se eleve á escritura pública, lo mismo cuando el testamento se hubiere otorgado por escrito que cuando se hubiese hecho de palabra (1).

G) *Testamento hecho en tiempo de epidemia.*—El último de los testamentos especiales que nosotros distinguimos y que el Código Civil también estudia, aunque no con este nombre, es el otorgado en tiempo de epidemia, cuya especialidad consiste en poderse hacer sin intervención de Notario, y solo con la asisten-

(1) Art. 703 del Código Civil.

cia de tres testigos, mayores de diez y seis años, varones ó mujeres: es el único caso en que los menores de edad y las mujeres pueden ser testigos de un testamento.

Precedentes históricos del testamento hecho en tiempo de epidemia.—Este testamento, á diferencia de otros muchos que son también llamados especiales, no es creación del nuevo Código, sino que reconoce un antiquísimo origen, como lo prueba el hecho de haberse ya conocido y practicado en el Derecho romano, el cual prescindía en tiempo de peste y epidemia, de aquel rigorismo de ordinario tenido para hacer que las múltiples formalidades que exigían los testamentos se cumplieran en un momento mismo: la unidad de acto no se exigió para los testamentos que se hacían en tiempo de epidemia.

Nuestros Códigos antiguos, y en especial aquellos que representaban elementos propios de nuestra cultura jurídica, nada en particular dijeron de esta manera de testar que ahora estudiamos, sin duda porque lo creyeron innecesario después de las facilidades que para testar dieron, en especial el Ordenamiento de Alcalá, que llegó á admitir, aunque con carácter supletorio, el testamento hecho ante tres testigos.

Mas á pesar de la manifestación terminante del referido cuerpo legal, acerca de las formas de testar que en lo sucesivo podrían usarse, todavía suscitaron cuestión los intérpretes, sobre si el testamento podía otorgarse en tiempo de epidemia con la asistencia de dos testigos vecinos y Escribano (hoy Notario); cuestión que se resolvió por la Jurisprudencia en el sentido de que el testamento sería válido si el Notario asistía y firmaba como testigo, y nulo en el caso contrario; es decir, se confirmó lo dicho por la Ley del Ordenamiento, porque este caso era el mismo por ella admitido, de testar ante tres testigos vecinos, cuando no pudieran hallarse más, ni Notario.

Principios de Derecho positivo porque se rige el testamento otorgado en tiempo de epidemia.—Este testamento tiene muchos puntos de semejanza con el hecho en peligro inminente de muerte; así sucede, que fuera de la particularidad de ser menor el número de testigos que para su otorgamiento se requiere, y la de po-

der ser éstos menores de edad y mujeres, en todo lo demás las prescripciones legales son comunes á ambos. Por ello se requiere también en este caso que los testigos conozcan al testador, y que siempre que sea posible se escriba el testamento, valiendo no obstante el hecho de palabra cuando no haya posibilidad de escribirlo. También se hace ineficaz si pasasen dos meses sin morir el testador después de haber cesado la epidemia; ó si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento, ocurrido en el período de epidemia, no se acude al Tribunal competente para que se eleve á escritura pública, cualquiera que haya sido la forma de su otorgamiento: de palabra, ó por escrito.

Formalidad que ha de cumplirse en los testamentos en que no interviene Notario, para que sean eficaces.—Dice el Código Civil en su art. 704, que los testamentos otorgados sin la autorización de Notario son ineficaces si no se elevan á escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida por la Ley de Enjuiciamiento civil.

Para elevar á escritura pública los testamentos á que nos referimos, es necesario que se pida por parte legítima; entendiendo por tal, el que tuviere interés en el testamento, el que hubiere recibido en él cualquier encargo del testador, ó cualquiera que pueda representar á los anteriores, sin *poder* en forma.

Al solicitar la práctica de las consiguientes diligencias, se presentará el testamento que se hubiere escrito y lista de los testigos que hayan de ser examinados, manifestándose el interés legítimo que tenga el que promueve el expediente.

El Juez citará á los testigos con señalamiento de día y hora en que han de comparecer, con las prevenciones de ley: podrá haber lugar á segunda citación si alguno no compareciese, y si la no asistencia es motivada por enfermedad, podrá pedir el interesado que se traslade el Juzgado á la casa del enfermo, para recibirle declaración después que á los demás testigos. Si algún testigo está ausente puede examinarse por el Juez del pueblo en que reside, librándose al efecto el correspondiente exhorto.

Los testigos, á quienes deberá conocer el Actuario, ya directamente, ó por testigos de conocimiento, serán examinados

separadamente y sin que medie comunicación entre ellos; cuidando el Juez, bajo su responsabilidad, de que se exprese en las declaraciones la edad de los testigos y el lugar en que tuvieron su vecindad al otorgarse el testamento.

Cuando la voluntad del testador se hubiere consignado en alguna cédula ó papel privado, se pondrá de manifiesto á los testigos, para que digan si es la misma que se les leyó, y si reconocen por legítimas sus respectivas firmas y rúbricas, en el caso de haberlas puesto.

Una vez probado que el testador tuvo el propósito serio y deliberado de otorgar su última disposición; que los testigos le oyeron todas las disposiciones que quería se tuviesen por su última voluntad, ya lo hubiere dicho de palabra ó por presentación de alguna nota escrita; y que los testigos fueron en el número que exige la ley, así como también que éstos tienen capacidad para serlo, el Juez declarará testamento lo que de dichas declaraciones resulte, con la calidad de *sin perjuicio de tercero*, y mandará protocolizar el expediente.

Cuando resultare alguna divergencia en las declaraciones, el Juez aprobará como testamento aquello en que todos estuvieren conformes. Si el testamento se hizo por escrito valdrá este si los testigos están conformes en que es el mismo papel que se escribió.

La protocolización se hará en los registros del Notario de la cabeza del partido; y si hubiere más de uno, en el que designe el Juez.

Tal es la doctrina legal referente á las formalidades que deben cumplirse para elevar á escritura pública los testamentos otorgados sin la autorización de Notario, tomada en extracto de la Ley de Enjuiciamiento civil, artículos 1,943 y siguientes de la misma.

Legislación foral sobre testamentos especiales

Cataluña.—No reconoce la Legislación catalana tanta variedad de formas especiales para testar como la de Castilla. En tiempos anteriores todavía existían en Cataluña multiplicidad de fórmulas especiales para ordenar las disposiciones testamentarias; pero hoy puede decirse que toda su especialidad en la materia se reduce al testamento sacramental, al que el padre hace entre sus hijos, el hecho ad pias causas, el otorgado por el ciego y el hecho en tiempo de peste.

a) *Testamento sacramental.*—Es una forma de testar que constituye un privilegio para los pueblos en que está vigente el *Recognoverunt proceres* y para los naturales de Gerona, y el nombre lo toma del juramento que le acompaña, debiendo formalizarse ante dos testigos, cuando menos, que bien pueden ser mujeres. Pero este testamento, otorgado de tan sencilla manera, exige para su validez una especie de *adveración* después de muerto el testador, que es verdaderamente lo que le imprime carácter. Dicha formalidad consiste, en que los testigos ante quienes se hizo el testamento refieran ante el Juez, dentro del término de seis meses, en la Iglesia de San Justo y Pastor de Barcelona (hoy Santa Cruz), jurando ante el altar de San Félix, lo que oyeron ó vieron escrito como última voluntad del testador. A esta diligencia pueden asistir los que se crean con algún derecho á la herencia; y el Juez, con audiencia del Ministerio fiscal, declarará testamento lo manifestado por los testigos, si éstos estuvieren conformes en sus contestaciones á las preguntas que los interesados les hagan, y acordará la protocolización de las diligencias.

Las costumbres de Tortosa, estudian una forma de testar parecida á la del testamento sacramental, establecida solo para los pueblos donde no hubiere Notario, ó fuere difícil hallar en el preciso momento de hacerse necesario: en este caso autorizan á testar ante dos vecinos varones, los cuales deben comparecer en

término de seis meses ante el Juez y un Notario, manifestando bajo juramento lo que oyeron, para que el Notario reduzca su dicho á escritura pública.

b) *Testamento del padre entre sus hijos.*—El padre está autorizado en el territorio catalán para hacer esta clase de testamento, conforme con las doctrinas romanas allí vigentes. Es una especie de testamento ológrafo, pues ha de estar escrito y firmado por el testador, consignando la fecha de su otorgamiento.

La circunstancia de poder hacer el llamamiento de los hijos, no directamente, sino nombrando á una tercera persona con encargo de que les transmita la herencia, ha sido causa para que se le dé también el nombre de *herederos de confianza*: representa lo que eran los fideicomisos en Roma y los testamentos por comisario en Castilla. El heredero de confianza, fideicomisario ó comisario, según quiera llamársele, es el único que conoce la voluntad del testador y la ejecuta conforme á las instrucciones que de éste hubiera recibido, ó según su conciencia, en aquellas cosas que á su arbitrio hubieran quedado. Lo peligroso de esta forma de testar hace que su uso no sea hoy muy frecuente.

c) *Testamento ad pias causas.*—Este testamento tiene su origen en el Derecho canónico, y su especialidad consiste en poderse otorgar solo con la formalidad de la asistencia de dos ó tres testigos, y en que también puede encargarse su disposición á una tercera persona.

d) *Testamento otorgado por el ciego.*—Las doctrinas romanas aceptadas en muchos puntos para Cataluña, son las que rigen en dicho territorio para el testamento del ciego: por eso se dice que es necesaria en este caso la asistencia de Notario y siete testigos, ante los cuales ha de manifestar su voluntad el testador. Solo se permite al ciego testar nuncupativamente, y no de modo reservado.

e) *Testamento hecho en tiempo de epidemia.*—Por igual razón de estar vigentes en Cataluña las doctrinas romanas sobre el testamento especial que en tiempo de epidemia se hace, no se excusa al testamento hecho en tal tiempo nada más que de la *unidad de acto*, que es, como vimos al hablar de este testamento se-

gún el Derecho de Castilla, la única formalidad que dispensaba el Derecho romano.

Aragón.—El Derecho aragonés presenta todavía menos especialidades que el catalán en materia de testamentos, pues no estudia como especiales entre estos más que el de mancomunidad, el hecho por comisario y el militar.

1º) *Testamento mancomunado.*—Es este testamento, como lo era antiguamente en Castilla, aquel que á un tiempo hacen dos personas, con unas mismas formalidades, ya se instituyan recíprocamente herederos, ya nombren por tal cada uno á una tercera persona. Su uso más frecuente ha sido siempre entre cónyuges, y la especialidad consiste, en que siendo en realidad dos testamentos, no se requieren para su validez más que unas solas y únicas formalidades ordinarias.

El carácter de revocabilidad de esta forma de testar fué por mucho tiempo discutido, hasta que las Observancias resolvieron las dudas y cuestiones que con este motivo se suscitaban, decidiendo: que es revocable cuando cada cónyuge dispone separadamente de sus bienes, é irrevocable si convinieron y consintieron *recíprocamente* en sus respectivas disposiciones.

2º) *Testamento por comisario.*—No es unánime la opinión de los tratadistas acerca de si es conocido y practicado el testamento por comisario en el territorio de Aragón; pero la opinión de los que con más detenimiento han estudiado la Legislación aragonesa se pronuncian por la afirmativa, por conformarse con el principio de la misma, que dice: *standum est chartæ*.

3º) *Testamento militar.*—Este testamento, puede decirse que en rigor no tiene ninguna especialidad con relación al que de igual clase estudia el Derecho de Castilla, porque si antes de la publicación del nuevo Código Civil se venía rigiendo por las doctrinas del llamado Derecho común, estas deben haber quedado derogadas por él, lo mismo para los territorios forales que para el castellano, y en especial para Aragón, pues de conformidad con el art. 13 de dicho Código, regirá este en Aragón, en cuanto no se oponga á aquellas de sus disposiciones forales ó consuetudinarias que actualmente estén vigentes.

Navarra.—Se consideran en este territorio testamentos especiales el de hermandad, el del ciego y el militar.

1º) *Testamento de hermandad.*—Este testamento presenta la particularidad que le es común en todos los territorios en que se admite, de exigir unas solas formalidades cuando en realidad son dos testamentos. Como los principios porque se rige son los mismos que los anteriormente explicados según el derecho de Aragón, solo haremos constar aquí, como única particularidad, la de que es revocable en los casos en que la institución de heredero no se hubiese hecho mancomunadamente en favor de una tercera persona.

2º) *Testamento del ciego.*—Al estudiar algunos tratadistas este punto en la legislación de Navarra, presentan la cuestión acerca de la doctrina que debe aplicarse, si las Leyes Recopiladas, ó el Derecho romano, como supletorio; cuestión que ha resuelto el Tribunal Supremo de muy distinta manera á como unos y otros pensaban, pues tiene declarado, que siendo el antiguo Fuero de Navarra el directamente supletorio de las Leyes Recopiladas, y conteniéndose en él disposiciones generales, sin excepción acerca de las personas que pueden otorgar testamento, ni de su estado, se impone la observancia de las solemnidades ordinarias, mas la presencia del Notario y dos testigos en el testamento del ciego.

3º) *Testamento militar.*—Respecto á este testamento damos aquí por reproducida la doctrina expuesta al estudiarlo en el derecho aragonés, porque los principios porque se rige son los mismos.

Vizcaya.—La Legislación foral de Vizcaya presenta como única especialidad en materia de testamentos extraordinarios, el que se otorga entre marido y mujer, el cual testamento presenta la particularidad, en ningún otro territorio conocida, de quedar los otorgantes en libertad absoluta para revocarle, si ambos viviesen pasado año y día, á contar desde la fecha de su otorgamiento.

DOCTRINA LEGAL ⁽¹⁾

Art. 700 Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario.

Art. 701 En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de diez y seis años, varones ó mujeres.

Art. 702 En los casos de los dos artículos anteriores, se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir.

Art. 703 El testamento otorgado con arreglo á las disposiciones de los tres artículos anteriores quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte, ó cesado la epidemia.

Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Tribunal competente para que se eleve á escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente.

Art. 704 Los testamentos otorgados sin la autorización del Notario serán ineficaces si no se elevan á escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento civil.

(1) Consúltense, además de los artículos que aqui citamos, los siguientes: 665, 684, 697, 698, 703, cuyo contenido no reproducimos por no incurrir en repeticiones.

CAPITULO XII

De los codicilos y memorias testamentarias



N la primera parte de este Capítulo vamos á estudiar una institución derogada por el Código Civil, pues que derogado el codicilo debe entenderse que está después de la publicación del nuevo Código: hace omisión completa de él el legislador, y por esto y por la manera de interpretar el art. 1,976, que declara derogadas cuantas instituciones por la nueva ley no reguladas existieran en el Derecho antiguo, creemos que el codicilo es una institución muerta para la realidad de nuestra vida jurídica.

Pero como la ley en este punto no tiene efecto retroactivo, según paladinamente declara en las disposiciones transitorias, nos creemos obligados á estudiar esta antigua forma menos solemne de testar; porque dado lo reciente de su derogación, puede muy bien ocurrir que todavía se presente alguno en la práctica hecho anteriormente, por lo cual puede ser, no ya conveniente, sino necesario, el conocimiento de las reglas de derecho porque se regían.

I Concepto de los codicilos.—No eran los codicilos otra cosa

que la manifestación de la voluntad del hombre, hecha en forma menos solemne que el testamento, de aquellas cosas que quería fueran cumplidas por sus sucesores, después de su muerte.

Según las Leyes de Partida eran los codicilos, *una manera de escritos pequeños que facen los omes despues que han fecho sus testamentos para crescer, ó menguar, ó mudar algunas de las mandas que habian fecho en ellos*. Concepto inaceptable, porque según él, el codicilo no podía existir sin el testamento, siendo así, como á continuación veremos, que podía uno morir con codicilo hecho y sin otorgar testamento, sin que por esto dejara aquel de tener eficacia. Por eso creemos nosotros, que la idea más exacta, al propio tiempo que la más general, que de el codicilo puede darse, es la que consignamos al principio.

Precedentes históricos de la institución de los codicilos.—El concepto que de los codicilos damos, está indicando dónde la institución pudo tener su origen, toda vez que según se desprende del mismo, fué un recurso ideado para los casos en que no era posible cumplir con las numerosas formalidades exigidas para hacer testamento. Pero si esto no bastara para indagar su verdadero origen, elementos bastantes para conocerlo nos presta la definición que del codicilo dan las Leyes de Partida: en Roma fué donde nació la institución, y del Derecho romano la copió don Alfonso X el Sabio.

El gran número de formalidades que el otorgamiento de las últimas voluntades exigía, no fáciles de cumplir en todo momento, hacía en Roma que no pudieran variarse siempre que se quería los testamentos, y para evitar los inconvenientes que esto motivaba cuando el testador quería hacer alguna modificación en el testamento otorgado, se concedió que pudieran hacerse otras disposiciones testamentarias en forma menos solemne, y estos eran los codicilos; nombre cuya significación en singular es la de *testamento pequeño*, pues que la palabra codicilo es latina, derivada de la voz *codex*, con que los romanos designaban al testamento; y por eso el diminutivo *codicilus*, que significa testamento pequeño, se aplicaba á las disposiciones menos solemnes, por razón de las formalidades con que habían de ordenarse, y menos

importantes por razón de lo que en ellas podía disponerse, toda vez que no cabía hacer en ellos lo que en un testamento.

Especies de codicilos que distinguían nuestras leyes, y sus formalidades.—Pasó la institución de los codicilos á nuestro Derecho, porque como antes decimos, D. Alfonso el Sabio la copió de las leyes de Roma, y en su Código de las Partidas reproduce la doctrina de aquellas leyes, tanto en el concepto legal del codicilo, que es el que dejamos consignado, cuanto en las formas y solemnidades con que habían de otorgarse y las disposiciones que podían contener: podían ser *abiertos ó cerrados*, habían de hacerse con la asistencia de cinco testigos, los cuales debían firmar en el cerrado, y cumplirse con la formalidad de la unidad de acto; y no podían contener la institución ni la desheredación.

Nuestros Códigos posteriores dedicaron poca atención al estudio de los codicilos, y no es de extrañar que así fuera, porque no existía entre nosotros la causa que motivó en Roma su establecimiento; sobre todo desde que por el Ordenamiento de Alcalá se facilitó de una manera tan grande el ejercicio de la testamentifacción en forma nuncupativa, llegando á hacer que el codicilo y el testamento abierto se confundieran en la práctica, no solo por razón de las formalidades que para uno y otro se exigían, sino también por lo que en cada uno podía disponerse: la institución de heredero y la desheredación podía hacerse lo mismo en codicilo que en testamento.

Tampoco se necesitaba que existiera testamento otorgado por el mismo que hacía el codicilo para que este tuviera eficacia; tenía vida propia, por decirlo así, y de aquí que pudiera decirse también que el codicilo abierto ó cerrado podía ser *por testamento ó abintestato*, según que el que lo otorgaba hubiera hecho también testamento, anterior ó posterior á aquella fecha, ó muriera sin otra disposición testamentaria que el codicilo. Si se otorgaba el codicilo por el que había hecho testamento, aquel se reputaba como un apéndice de este, debiendo ser cumplidas sus disposiciones por el sucesor ó sucesores testamentarios; y por el contrario, si era otorgado por persona que no había hecho testamento, serían á cargo de los herederos legítimos las disposiciones en aquel

contenidas, porque entonces el codicilo se consideraba como un apéndice de la sucesión intestada.

Doctrina de la Ley III de Toro sobre codicilos.—Por lo que dicho dejamos se comprenderá que entre nosotros los codicilos nacieron con el carácter que tuvieron en las leyes de Roma, y que variadas luego las condiciones en que se desenvolvió nuestra vida jurídica, desapareció la causa á que obedeció su aceptación primero y después su práctica constante. Pero como la ley que los hizo innecesarios, que fué la única del tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá, nada dijo expresamente sobre ellos, sino que implícitamente los identificó con el testamento abierto ó nuncupativo, al disminuir en los términos que lo hizo las solemnidades de estos y declarar que no era necesaria la institución de heredero para la validez del testamento, se hizo necesario que nuevas disposiciones legales aclararan con toda precisión la doctrina, y á esta necesidad respondió la citada Ley III de Toro, en la cual se ordenó de una manera expresa, que en los codicilos se observaran las mismas solemnidades determinadas para el testamento nuncupativo, conforme á la Ley del Ordenamiento. Mas el fin principal de esta Ley, que no fué otro que el de aclarar dudas que las anteriores presentaban en este y otros puntos, no se cumplió tan felizmente como era deseo de sus autores, sino que al mismo tiempo que se resolvió una duda se provocó discusión más empeñada sobre otro extremo nada accidental, cual fué: si los codicilos escritos quedaron ó no derogados por la mencionada disposición legal.

Nosotros creemos que la cuestión que sobre este último punto se presentó por los comentaristas de las Leyes de Toro, fué debida más que á falta de claridad por parte del legislador, á sutilezas y argucias de los que á interpretar su disposición se dedicaron, pues si se hubieran fijado en que la ley no distingue, y hubieran recordado aquella regla de buena interpretación que dice, *ubi lex non distinguit non distinguere debemus*, no se hubieran empeñado en una discusión cuyo fallo positivo había de ser suscrito por cuantos con imparcialidad y sereno juicio se pararan á pensar sobre los términos en que la ley se redactó. Ade-

más, que como atinadamente observa el Sr. Gutiérrez y Fernández, la mencionada Ley de Toro distingue cuando habla de testamentos, y *unifica* cuando habla de codicilos.

Esta fué la manera más general y admitida de interpretar la disposición legal objeto de controversia; pero la opinión contraria se vió favorecida por la Ley del Notariado de 20 de Mayo de 1862, pues en ella se habla de los codicilos cerrados, y por consiguiente sus solemnidades serían las del testamento nuncupativo.

Capacidad que se exigía para otorgar codicilo.—Al implantar entre nosotros las Leyes de Partida la institución de los codicilos, que del Derecho romano tomaron, se dijo por la I, del tít. 12, de la Partida VI, *.....é puédelo facer todo ome mayor de catorce años, é la mujer de doce; solamente que no sea de aquellos á quien es defendido.* Pero las demás leyes que de los codicilos han hablado, nada han dicho relacionado con la capacidad requerida para otorgarlos: esta omisión la han querido tomar en sentido tan absoluto algunos tratadistas, como el Sr. López R. Gómez, que han llegado á afirmar, con notoria inexactitud, que nada dijeron sobre el particular las leyes de D. Alfonso el Sabio.

El silencio de las leyes posteriores se vino supliendo en la práctica aplicando igual principio que aplicaron las referidas Leyes de Partida: exigir para el codicilo la misma capacidad que para el testamento.

Disposiciones que podían contener los codicilos.—Fácilmente se comprenderá que al hablar en este momento de lo que podía disponerse en los codicilos, nos referimos á los otorgados después de publicadas las Leyes de Toro, pues en tiempos anteriores, y hasta tanto que la institución fué perdiendo el carácter que en sus orígenes tuvo, ya dejamos dicho que era una disposición testamentaria de carácter subalterno, en la que no podía ordenarse nada de lo principal que podía contener un testamento; como eran, entre otras cosas, la institución de heredero y la desheredación.

Desde la época relativamente moderna á que nos referimos, los codicilos podían contener las mismas disposiciones de última

voluntad que los testamentos; porque en realidad, entre estos y aquellos no mediaba ya otra diferencia que la muy accidental del nombre. Tal es la doctrina admitida por el Tribunal Supremo al decir en Sentencia de 27 de Junio de 1864 «....y no existiendo ya las razones en que se fundaba el diverso carácter del testamento y del codicilo, según las Leyes de Partida, han debido cesar las restricciones que ellas establecían respecto de los codicilos.

Pero á decir verdad, hay que reconocer que no todos los expositores de nuestro Derecho antiguo están conformes con esto que acabamos de decir, en cuanto á lo que podía ordenarse en los codicilos, pues hay tratadistas tan reputados como el señor Morat6, que no se avienen con la doctrina expuesta por otras autoridades en Derecho civil y sancionadas por la Jurisprudencia. El respetable autor citado dice, que tanto los codicilos abiertos como los cerrados se distinguen (1) del testamento nuncupativo: 1º por *el nombre* de testamento que tiene el segundo, y el de codicilo que se dá á los primeros; 2º por *raz6n de la forma*, pues el codicilo, por haberse reputado siempre un acto menos solemne, empieza como cualquiera otra escritura sin la cláusula de protestaci6n de Fé, pues es propia de los testamentos; y 3º por *raz6n de sus disposiciones*; pues en una escritura de esta clase, que 6 bien por el nombre que lleva 6 bien por su forma sea un codicilo no pueden hacerse v6lidamente, aun cuando sea nuncupativo, las mismas disposiciones que en el testamento de esta especie.

Como esta doctrina es contraria á la expuesta por la generalidad de los tratadistas, y abiertamente opuesta á la sancionada por la Jurisprudencia que dejamos apuntada, trata de averiguar su autor los fundamentos alegados por el Tribunal Supremo para afirmar que no hay diferencia entre los testamentos y los codicilos, y dice no son otros que el de no ser necesaria la institu-

(1) Es de advertir que el citado civilista escribi6 la opini6n que suya copiamos, antes de la publicaci6n del C6digo Civil, y por eso 6l hablaba de los codicilos en el sentido de instituci6n vivaiente.

ción de heredero para que valga el testamento, y el de que en los codicilos deben concurrir las solemnidades del testamento nuncupativo. Pero estas razones no son suficientes, á juicio del escritor citado, y salvando el respeto debido al Supremo Tribunal, hace las siguientes observaciones: 1^a Que la Ley III de Toro solo iguala los codicilos con los testamentos nuncupativos en materia de solemnidades, mas no en cuanto á las disposiciones que pueden contener: 2^a Que la Ley del Ordenamiento de Alcalá, no dijo que en los codicilos pudiera hacerse la institución de heredero, sino únicamente, que valdría el testamento sin ella: 3^a Que de admitirse como definitiva la doctrina del Tribunal Supremo, podría resultar, que en un codicilo cerrado, para el cual pueden bastar tres testigos vecinos, podría hacerse la institución de heredero, siendo así que otorgado un testamento cerrado con tales solemnidades, no solamente sería nula la institución, si que también todo el testamento: 4^a Que por consecuencia, entendidas con tanta libertad aquellas dos leyes, no resultarían tan solo igualados los codicilos y los testamentos, sino dada mayor fuerza á los primeros que á los segundos: 5^a Y finalmente, que hasta dichas declaraciones se ha entendido por la Jurisprudencia, y por los Tribunales, que después de las leyes cuestionadas subsisten los codicilos con carácter y eficacia distintos que los testamentos: siendo por lo tanto una verdadera novedad lo que resuelve el Tribunal Supremo; novedad que entendemos que traspasa los límites de una interpretación de dichas leyes».

A juicio nuestro, y salvando también cuantos respetos nos merece el autor citado, la doctrina que dejamos transcripta no puede aceptarse como concluyente para demostrar lo que el señor Morató se propone, pues parte de principios y supuestos de los cuales no pueden resultar conclusiones aceptables; y únicamente pueden defenderse por quien, disponiendo de aguzado ingenio, tiene facultades para formular argumentos que parecen indestructibles, basados en verdaderas sutilezas.

Cierto es, que en la III de las Leyes de Toro, solo se habla expresamente de que los codicilos tendrán las mismas solemnidades que el testamento nuncupativo; pero nos parece lógico de-

ducir de aquí que podrían contener iguales disposiciones, sin que el legislador lo dijera expresamente, porque á igualdad de formalidades externas, debe corresponder otra relación de igualdad en cuanto al contenido de los actos para que aquellas se exigen. Así, pues, aunque la Ley del Ordenamiento de Alcalá no dijo expresamente que pudiera hacerse la institución de heredero en los codicilos, debe pensarse que lo admitió, pues que igualó á estos y á los testamentos nuncupativos en punto á formalidades, al establecer las formas de testar que en su lugar explicamos.

La tercera observación que el Sr. Morató formula, procede de que distingue entre codicilos abiertos y cerrados, cuando en realidad quedaron reducidos á una sola clase después de la tantas veces citada Ley de Toro, habiendo de intervenir en todas ellas las mismas solemnidades del testamento nuncupativo. Esto mismo contesta á la observación cuarta, y lo de que en tal supuesto se le daría mayor fuerza y consideración á los codicilos que á los testamentos, tampoco es exacto: tenían igual fuerza y consideración que los testamentos á que quedaron equiparados, si se otorgaban con las mismas solemnidades que estos. Con igual razón podría decirse que se concedía mayor fuerza y eficacia al testamento nuncupativo que al cerrado; lo cual no es exacto, sino en el caso de que este no se haya otorgada con las formalidades que le son propias, y en aquel se hayan cumplido cuantas la ley preceptúa para el caso. Es decir, que nada de particular tendría que la institución de heredero hecha en codicilo fuera válida, si al otorgarlo se cumplieron las formalidades prevenidas, y que fuera nula la del testamento cerrado si en él dejaron de cumplirse las formalidades propias: son dos actos completamente distintos, y como su validez depende de la formalidad con que se otorgaran, nada de extrañar es que el resultado fuera distinto en uno que en otro.

Por último, las declaraciones de el Tribunal Supremo, hechas sobre el particular controvertido, no han hecho más que confirmar lo que ya se venía preparando desde la publicación del Ordenamiento de Alcalá; declaraciones tenidas tan en cuenta por los modernos legisladores, que han sido la causa próxima de que

estos hayan omitido en su obra del nuevo Código una institución como los codicilos, que á nada práctico responderían, por haber desaparecido su necesidad, desde que su identificación con una de las formas comunes de testar fué un hecho.

II **De las memorias testamentarias: consideración que actualmente merecen.**—No son las memorias testamentarias una forma anticuada de ordenar la postrera voluntad el hombre, como son los codicilos. El nuevo Código Civil hace un reconocimiento expreso de esta institución; bien que introduciendo en ella un cambio tan grande en cuanto á las formalidades que en las memorias testamentarias deben cumplirse, que hace que vengan á confundirse con una de las formas de testar, por el mismo Código sancionada. Tal afirmación puede hacerse después de leer el artículo 672, que dice así: «Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas ó legados haga el testador, refiriéndose á cédulas ó papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio ó fuera de él, será nula si en las cédulas ó papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo.»

Como se vé, las llamadas en el Derecho antiguo memorias testamentarias, han venido á confundirse con el testamento ológrafo; por lo cual, á decir verdad, no merecía la pena de que los legisladores de nuestro nuevo Código Civil se hubieran calentado la cabeza, pensando en qué harían con aquella institución que una tradicional costumbre había hecho nacer y la Jurisprudencia había sancionado. Exigidos para las memorias testamentarias los mismos requisitos que para el testamento ológrafo, el hablar por separado de instituciones que en el fondo son una misma cosa, sólo acusa en el legislador, que ha meditado su obra tan poco en el fondo como en la forma. Hablar en los términos que lo hace, de cédulas ó papeles privados, como cosa distinta del testamento ológrafo, es lo mismo que si dijera: Si entre los papeles del testador apareciese un pliego conteniendo su disposición testamentaria, valdrá como testamento *abierto* si se escribió ante Notario y tres testigos, etc. Esto no dejaría de ser una excusada redundancia, pues ya sabemos, sin necesidad de que el legislador se cansa-

ra en repetírnoslo, que tales papeles valdrían como el testamento para el cual se exigen iguales formalidades.

Pero si por la consideración dicha no necesitamos decir aquí nada respecto á las reglas porque se rigen las memorias testamentarias, bastando con remitirnos á las doctrinas expuestas al hablar del testamento ológrafo, creemos de necesidad hacer su estudio tal cual eran antes consideradas, ya que es posible se presente todavía alguna en la práctica, escrita con arreglo á los antiguos principios, cuya validez habría que reconocer, con arreglo á las disposiciones transitorias del Código, en otro lugar citadas. Es decir, que el estudio de la institución á que nos venimos refiriendo, tal como en la actualidad es, queda hecho con la explicación del testamento ológrafo, y ahora nos vamos á ocupar de estudiar, siquiera lo hagamos sumariamente, las memorias testamentarias según los principios porque se vinieron rigiendo hasta la publicación del nuevo Código Civil.

Qué eran las memorias testamentarias.—Eran las memorias testamentarias, según acertadamente dice el Sr. Morató, «un escrito ó bien todo de puño y letra del testador, ó por lo menos suscrito por él mismo, en el cual, haciendo uso de las facultades que se reservó expresamente en el testamento, completa, corrige, modifica ú ordena nuevamente las disposiciones contenidas en este.»

De este concepto de las memorias testamentarias, el más completo, á nuestro juicio, que de ellas podía darse en los tiempos en que el ilustrado autor citado escribió, se deduce que no requerían solemnidad alguna, sino que únicamente habían de reunir las circunstancias designadas por los testadores para acreditar su identidad. Después, la Jurisprudencia exigió dos condiciones especiales para la validez de las mismas: que fueran auténticas y que estuviesen confirmadas en testamento válido. Si el testador hacía en su testamento referencia á una ó más memorias testamentarias, eran consideradas como una parte de su testamento, siempre que aparecieran con las señales ó circunstancias indicadas, aunque no estuvieran escritas de su mano, pues podían estar escritas por otro, porque lo que importaba era su

identificación; y podían ser escritas antes ó después que el testamento se otorgara.

Origen y desenvolvimiento de las memorias testamentarias, según el Derecho antiguo.—Fueron durante mucho tiempo las memorias testamentarias una de esas instituciones no de creación legal, sino nacidas de una costumbre, admitidas constantemente en la práctica y reconocidas por el legislador más tarde, cuando considerando su arraigo no solo no se atrevió á decretar su derogación, sino que se vió precisado á dictar algunas reglas para regular su ejercicio, y sobre todo, para formalizarlas en términos que no dieran lugar á duda sobre su eficacia. Así vemos, que el Tribunal Supremo declaró en Sentencia de 17 de Mayo de 1858, la validez de las cédulas ó memorias testamentarias, si eran auténticas y estaban confirmadas en testamento válido; y más tarde la Ley de Enjuiciamiento Civil dictó reglas para regular sus efectos, por medio de las diligencias de protocolización.

Que las memorias testamentarias nacieran de la costumbre y llegaran á tener un gran arraigo en la práctica, cosa es que se explica sencillamente, sobre todo en tiempos en que las formalidades que para hacer testamento habían de cumplirse implicaban no pocos inconvenientes para variar con frecuencia la disposición testamentaria. Por eso, aunque ninguna ley general ni especial las había autorizado en España, el uso llegó á hacer de ellas una institución viviente, con la aceptación que las instituciones de Derecho privado alcanzan, cuando no son impuestas por el legislador en fórmulas apriorísticas; y ese uso general que por costumbre se hizo de las memorias testamentarias, fué confirmado por la Jurisprudencia, y más tarde por la Ley escrita, según antes decimos. Y llegaron á estar tan generalizadas y admitidas, que el Tribunal Supremo declaró en Sentencia de 28 de Enero de 1862, que aunque el testador solo hablara de una memoria en su testamento, y después se hallaran varias, todas eran válidas y debían considerarse como la continuación de la única indicada en el testamento; siempre que su contesto así lo revelara, hubiera entre ellas conexión y enlace, hubiesen ocurrido hechos que hicieran necesarias las posteriores, fuera una misma la forma de redacción en

todas, estuvieran las más escritas sin ningún epígrafe ó con la advertencia de que eran notas, ó concurriera cualquiera otra circunstancia que indicara que la mente del testador no fué otra que continuar la memoria de que había hecho referencia en su testamento: y mediando dichas circunstancias, la voluntad del testador se había de buscar en todas ellas.

Disposiciones que podían contener las memorias testamentarias.

—No fué nunca unánime la opinión de los tratadistas en lo que se refiere á las disposiciones que podían ordenarse en las memorias testamentarias. Unos, fijándose solo en la forma simplicísima en que se hacían, sostienen que no estaban destinadas á las disposiciones capitales del testamento, y por consiguiente, que en ellas no debían caber ni la institución de heredero, ni la sustitución, ni la mejora, ni nada que fuese de primera importancia en últimas voluntades. Otros, por el contrario, partiendo del principio de que las memorias testamentarias recibían la fuerza, no de las mayores ó menores formalidades con que se otorgaban, sino del testamento que las confirmaba, sostenían que podían hacerse en ellas cualesquiera últimas disposiciones *inclusa la institución de heredero*. Esta última opinión, que fué siempre la más generalmente admitida, la han deducido sus mantenedores de las Sentencias del Tribunal Supremo, en especial de la de 17 de Mayo de 1858, ya citada, y de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil al hablar de las formalidades para la protocolización; pues en ninguna de ellas se hizo distinción, ni se particularizó las disposiciones que dichas memorias podían contener, sino que se declaraban válidas y protocolizables, siempre que fueran auténticas y confirmadas en testamento válido. Por eso afirmaba el señor Ortíz de Zúñiga, que las memorias testamentarias, cuando reunían las condiciones debidas, tenían el mismo valor que el testamento de donde recibían la fuerza; y por consiguiente podía en ellas disponerse el destino que había de darse á los bienes del testador, y hasta hacerse la institución de heredero.

Protocolización de las memorias testamentarias.—El uso frecuente que la costumbre, más fuerte que la ley, hizo de las memorias testamentarias, fué causa de que los autores de la moder-

na Ley de Enjuiciamiento civil, siguiendo la conducta de los de la anterior, formularan algunas reglas para la protocolización de las mismas, acto mediante el cual adquieren completa eficacia. Las prescripciones á este efecto dictadas por la mencionada Ley procesal están reducidas á las siguientes, que de la misma copiamos en extracto.

El que tenga en su poder alguna memoria testamentaria, deberá presentarla al Juez competente al saber la muerte del otorgante, pidiendo su protocolización y expresando la causa de que obre en su poder. En el mismo acto se acreditará el fallecimiento del testador, y se presentará copia del testamento, en que se indique la existencia de la memoria y las señales que debe reunir para ser considerada como legítima. Si no se presentasen dichos documentos mandará el Juez traerlos á los autos, dictando al efecto la correspondiente providencia.

A continuación del escrito se extenderá diligencia del estado en que se halle la memoria, y de las circunstancias por las que pueda juzgarse de su identidad con la indicada en el testamento; y se extenderá testimonio de la cláusula ó cláusulas de este que se refieran á aquella.

El Juez dictará providencia mandando que se proceda á la lectura de la memoria y confrontación de sus señales con las expresadas en el testamento, fijando el día y hora en que habrá de practicarse esta diligencia, para que puedan concurrir los interesados, sin que su falta de asistencia impida la celebración del acto, ni sea motivo para su nulidad.

Si la memoria estuviere contenida dentro de un pliego cerrado, procederá el Juez á su apertura y lectura en secreto, y después la entregará al Actuario para que la lea, si no hay disposición del testador en que se ordene lo contrario, pues si de otro modo ocurriera, la memoria quedará cerrada y archivada hasta que llegue el día ó época determinado por el testador.

Después de la lectura se procederá á la información y examen de las señales requeridas en el testamento para que deba tenerse como legítima la memoria, con las halladas en esta; de

cuya diligencia se extenderá la oportuna acta, que firmarán el Juez y los demás concurrentes interesados.

Si del expediente resulta que la memoria reúne las condiciones exigidas por el testador para que se le considere auténtica, se dictará auto mandando protocolizarla, sin perjuicio del derecho de los interesados para impugnarla en el juicio correspondiente.

La protocolización se hará en los registros del Notario que autorizó el testamento, y juntamente con este; y si esto no fuese posible se pondrá por el Notario en el registro del testamento nota marginal expresiva de la existencia de la memoria, y del libro y folio en que se halle protocolizada.

Cuando el testador haga referencia á alguna memoria escrita de su puño y letra, ó sólo firmada por él, sin mencionar ninguna otra señal especial que la identifique, presentada que sea con los documentos antes mencionados, el Juez mandará que sea reconocida por tres testigos, que conocieran perfectamente la letra del testador, pudiendo también designar á parientes que no hayan sido favorecidos por dicha memoria. Dichos testigos ó parientes declararán bajo juramento, que no abrigan duda racional de que el citado documento está escrito por el testador, y si estuviere solo firmado, que es suya la firma y rúbrica. Además, si el Juez lo creyere conveniente, podrá confrontar, asistido por dos peritos, la letra, firma y rúbrica de la memoria, con otra indubitada del testador que obre en cualquier documento público ú oficina del Estado, y si resultare auténtica la memoria el Juez mandará protocolizarla en la forma antes dicha.

Si la presentación de la memoria tuviere lugar estando pendientes las diligencias para elevar á escritura el testamento otorgado de palabra, ó para su apertura siendo cerrado, se unirá la memoria á dicho expediente, y en él se practicarán las diligencias de que dejamos hecho mérito para su protocolización.

Legislación fóral sobre codicilos

La declaración contenida en el art. 5 de la Ley de 11 de Mayo de 1888, confirmada por el párrafo segundo del art. 12 del Código Civil, en que se dice que las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico escrito ó consuetudinario por la publicación del Código, que regirá tan solo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales, hace que tengamos que reconocer la institución de los codicilos en Cataluña y Navarra: y no decimos que también en Aragón, porque en el artículo 13 del Código Civil, se dice: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, este Código empezará á regir en Aragón y en las islas Baleares, al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga á aquellas de sus disposiciones forales ó consuetudinarias que actualmente estén vigentes.»

De estos dos preceptos se deduce, que en los territorios forales que no sean Aragón y Baleares, el Código no obliga sino en defecto de derecho supletorio, y como Cataluña y Navarra, tenían admitido como tal el Derecho romano, que estudia los codicilos, de aquí que digamos que en dichos territorios queda vigente la institución de los codicilos; y que en Aragón é islas Baleares ha dejado de ser supletorio el Derecho romano, siéndolo en la actualidad el Código Civil, que al derogar dicha institución, pasándola en silencio, ha hecho que desaparezca también para los indicados territorios.

Después de lo que queda dicho, fácil es comprender que en Cataluña y Navarra tendrán los codicilos el carácter de disposición testamentaria menos solemne, pues no está admitida la Ley III de Toro; y por ello no pueden contener la institución

de heredero, ni la sustitución, ni la desheredación, ni nada, en fin, de lo principal que puede disponerse en testamento válido; quedando, por lo mismo, reducido el objeto de esta disposición menos solemne á adicionar, reformar ó revocar algunas disposiciones secundarias de un testamento válidamente otorgado.



CAPITULO XIII

De la nulidad, revocación é ineficacia de las disposiciones testamentarias

DESPUES de haber estudiado en anteriores Capítulos cuanto dice relación á los modos varios de ordenar las últimas voluntades, y las formalidades que á cada uno de ellos le son propias, vamos á hacer en este lugar algunas consideraciones que dicen relación á las causas ó circunstancias por las cuales pierden su fuerza, total ó parcialmente, las disposiciones testamentarias, dejando de producir efectos legales.

I Nulidad de las disposiciones testamentarias: causas que la producen.—Bajo este concepto comprendemos la invalidación total de los testamentos, por faltar en ellos alguno de los requisitos que son considerados por la ley como esenciales para la validez de los mismos, no porque esa falta de efectos legales sea querida por el testador. Y decimos, en términos generales, que la nulidad de los testamentos es producida por faltar en su otorgamiento algún requisito de los que la Ley positiva llama esenciales, porque todas las causas que el Derecho positivo reconoce como suficientes á producir tal efecto pueden reducirse á ese principio general; pues la falta de capacidad en el testador, y la violencia, dolo ó

fraude contra el mismo ejercido para que otorgue testamento, no son más que violaciones á preceptos de ley que exigen personalidad suficiente é independencia completa en el que ordena su disposición testamentaria.

Pero si la indicación que dejamos apuntada es suficiente para contestar *en general* á la pregunta de cuándo se entiende que es nulo un testamento, no nos creemos relevados de hacer un estudio más concreto, siquiera sea sumario, de las causas productoras de la nulidad de las disposiciones testamentarias.

A) En primer término, produce nulidad del testamento, la circunstancia de ser este otorgado por persona que no tenga las condiciones de capacidad exigidas por la ley: así sucederá, que es nulo todo testamento hecho por persona menor de catorce años, ó de menos de veintitrés, si el testamento es ológrafo; y el otorgado por quien al hacerlo no se hallare en su cabal juicio. Y justo es que así suceda, porque el testamento, como todo acto jurídico, ha de efectuarse por persona cuyas circunstancias en nada se oponen á aquellas que previamente marcó el legislador: si de otro modo fuera, dejaría de ser cierto el principio escrito en la misma Ley positiva, que dice son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley (1).

B) En segundo lugar se dice que es nulo el testamento otorgado con violencia, dolo ó fraude; porque el testamento, como acto jurídico voluntario que es, debe ser libre y deliberado; es decir, que el consentimiento que el testador expresa al ordenar su última voluntad, debe estar exento de toda coacción por parte de persona extraña, porque si así no fuera, sucedería, que la voluntad y libertad del testador quedaría anulada, y el testamento sería cualquiera cosa menos expresión de la voluntad del testador. El testamento es quizá uno de los actos jurídicos que más libertad requieren en el que los ejecuta, y en que más debe cui-

(1) La circunstancia de ser esta una materia ya explicada, y que solo por incidencia reproducimos en este lugar, nos excusa de hacer una exposición detenida sobre la misma, pues si de otro modo procediéramos incurriríamos en repeticiones que siempre deben evitarse.

darse de que esa condición se cumpla, porque cuando ha de producir sus efectos, es difícil descubrir el vicio de nulidad, dado que el que fué víctima de esa violencia, dolo ó fraude ha fallecido.

No dice la Ley positiva en este lugar cuándo se entiende que hay violencia, dolo ó fraude; pero como la razón de admitir estas circunstancias como suficientes á anular los testamentos, es la misma porque se dice que anulan los contratos, lógico es admitir que los conceptos allí expuestos por la misma ley son aquí aplicables; y así diremos, que hay violencia cuando para hacer al testador que ordene su disposición testamentaria en determinado sentido ó forma que no está en su voluntad, se emplea una fuerza irresistible; hay dolo cuando, con palabras ó maquinaciones insidiosas, de parte de una persona extraña al testador, es inducido éste á otorgar testamento en una forma que sin ellas no lo hubiera hecho; y por último, se dice que existe fraude en materia de testamentifacción activa, cuando por unos ú otros medios se suplanta la voluntad del testador, sustituyendo el escrito en que la expresó, por otro en que se supone que fué otorgado por el mismo.

El castigo que la Ley civil impone al que con dolo, fraude ó violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero abintestato, otorgue libremente su última voluntad, no es otro que el de privarle de su derecho á la herencia: claro está, que sin perjuicio de la responsabilidad criminal correspondiente; responsabilidad que se pena con arresto mayor y multa de 125 á 1,250 pesetas, que es la penalidad que se impone al que sin estar legítimamente autorizado impidiere á otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, ó le compeliere á efectuar lo que no quiera, sea justo ó injusto.

C) En tercero y último lugar, se dice que es nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades que le son propias.

Esta causa de nulidad podemos decir que no tiene el carácter personalísimo que las anteriores, por no afectar directamente á estados ó situaciones personales del testador: es solo debida á

defecto en el cumplimiento de aquellas ritualidades que el legislador impuso como necesarias para que la voluntad del testador tenga validez y produzca efectos legales.

El principio general que en este punto formula el art. 687 del Código Civil, que es el que dejamos consignado, tiene su desenvolvimiento y confirmación en otros posteriores, al hablar en particular de cada clase ó forma de testamento; pues tal principio ó regla general, se refiere solo á las solemnidades comunes á todos los testamento, como son: la idoneidad en los testigos y el conocimiento del testador por parte de dos de éstos y el Notario. Pero como examinar detalladamente los casos de nulidad en cada clase de testamentos, por faltar en su otorgamiento alguna formalidad esencial, sería repetir cuanto tenemos dicho en cada caso al hablar de este particular, hemos de contentarnos con hacer sumarias indicaciones, para explicar cómo debe entenderse el principio de que es nulo el testamento otorgado sin las formalidades propias. Así diremos, que el testamento *abierto* es nulo cuando el Notario que lo autoriza no tiene competencia para actuar en el lugar del otorgamiento; cuando los testigos no tienen la capacidad general requerida para el caso, no ven ó no entienden al testador y ninguno sabe escribir, etc., etc.

Quando el testamento abierto es declarado nulo por no haberse observado en su otorgamiento las solemnidades establecidas para el caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediese de su malicia ó negligencia ó ignorancia inexcusables.

El testamento *cerrado* será nulo cuando al escribirlo el testador prescindiera de las formalidades que en su lugar dijimos eran necesarias; cuando el Notario que autoriza el acta no sea hábil para actuar en el lugar del otorgamiento; cuando los testigos no sean idóneos, etc, etc., y el Notario que lo autorizó será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia ó negligencia ó ignorancia inexcusables.

En el testamento *ológrafo*, se hallará vicio de nulidad por carencia de las solemnidades que le son propias, fuera de la ca-

pacidad del testador, cuando éste no lo escriba y firme de su puño y letra; cuando no se escriba en papel sellado y se consigne en el escrito la fecha, en cualquier lugar del mismo, puesto que según Sentencia del Tribunal Supremo, en otra ocasión citada, no es preciso cumplir con esta formalidad en un momento determinado, sino que es suficiente que se haga constar en cualquiera parte del testamento, cuando no se presente al Juzgado correspondiente, dentro de cinco años después de muerto el testador, para que se protocolice en forma legal, etc., etc.

Las indicaciones que quedan apuntadas, enseñan cómo debe entenderse el principio de que es nulo el testamento en que no se cumplen las formalidades de ley; indicaciones que no hacemos extensivas á las demás clases de testamentos, por estimar que lo dicho basta para formar juicio de la significación y alcance de la regla que con carácter general rige en la materia.

¿Qué efectos produce la nulidad de un testamento?—La nulidad, decimos anteriormente, produce la invalidación total del testamento, la ineficacia del mismo en todos y cada uno de los extremos que comprende. La manifestación de la voluntad del testador, cuando es hecha sin las formalidades debidas, no produce efecto legal positivo alguno, y se estima como si nunca hubiera existido tal postrera voluntad, por el principio de que *quod ab initio vitiosum est non potes tractu tempore convallescere*; y se abre la sucesión abintestato.

II De la revocación de las disposiciones testamentarias.—Así como bajo el concepto de *nulidad* de una disposición testamentaria se comprende en general la invalidación de esta por ministerio de la ley, así mismo con el término *revocación* comprendemos esa misma invalidación, ora total, ora parcial de la disposición testamentaria; pero con la diferencia de que aquí no se produce tal efecto por declaración de la ley, sino por voluntad del testador. Y es de tanta significación é importancia esta facultad en que queda el testador para variar toda disposición contenida en testamento, según los dictados de su conciencia y siempre con absoluta libertad de acción, que precisamente imprime á toda última voluntad el primero y más importante de sus ca-

racteres: la revocabilidad. Por eso se dice en el art. 737 del Código Civil, que «todas las disposiciones testamentarias son *esencialmente* revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad ó resolución de no revocarlas.»

Este precepto legal supone la más explícita y terminante derogación de la antigua cláusula *ad cautelam*, que no era otra cosa que una fórmula de precaución que empleaban los testadores, mandando que no se diese valor alguno á cualquier otro testamento que con posterioridad otorgaran; y hacían uso de esta fórmula, cuando tenían recelos de que sobre ellos pudieran ejercerse coacciones por personas extrañas para inclinarles á testar en determinado sentido. Y la verdad que es bien que haya quedado derogado este *recurso* que pugnaba contra el carácter propio de todo testamento, de ser revocable, porque si bien era una ventaja, considerada tal cláusula como medio de prevenirse contra egoistas coacciones, también podía implicar en algún caso cierto entorpecimiento para cumplir nuevos deseos nacidos espontáneamente en el testador; y sobre todo, que á nada práctico respondería en la actualidad, porque los efectos de una coacción en el ánimo del testador fácilmente pueden destruirse en muchos casos, mediante el otorgamiento de otro testamento, cosa fácil hoy día por la simplicidad en las formas de testar, y en especial si el testador sabe escribir, porque con extrema facilidad y absoluta reserva puede escribir otro testamento que desvirtúe por completo aquel que contra su voluntad hiciera.

Precedentes históricos sobre revocación de las últimas voluntades.—El carácter de revocabilidad de las últimas voluntades ha sido reconocido y proclamado por todas las leyes: lo sancionó el pueblo Romano, lo tomó de su Legislación D. Alfonso el Sabio para sancionarlo en las Siete Partidas, y ha sido reconocido por todos nuestros posteriores cuerpos legales, cuya constante conducta han seguido también los modernos legisladores, quienes hablan sobre este particular en los términos conocidos del artículo 737 del Código Civil.

El Código de las Partidas dedicó varias de sus leyes al estudio de la revocabilidad de los testamentos, diciendo la XXV

del tít. 1º de la Partida VI, que «la voluntad del omme es de tal natura, que se muda en muchas maneras: é por ende ningun omme non puede facer testamento tan firme, que non lo pueda despues mudar, quando quisiere, fasta el dia que muera».

Pero este principio de la revocabilidad de los testamentos, no era tan terminante y absoluto como hemos visto que hoy lo establece la legalidad vigente; porque la ley XXII del título y Partida citados establecía, que «si acaesciese que el testador mudase su voluntad é ficiese otro testamento, non quebrantaria por ende el otro que oviese antes fecho; fueras ende si el testador dixese en el postrimero testamento *señaladamente* que revocaba el otro, é que non ficiese daño á aquel testamento que agora facia, las palabras que digera en el primero». Es decir, que admitian la cláusula *ad cautelam*.

El término *señaladamente* empleado en las Partidas, dió lugar á dudas y controversias, sobre cuándo debía entenderse que quedaba derogada la cláusula *ad cautelam*, y por ende el testamento en que se hizo uso de ella: dudas y cuestiones que se resolvieron en el sentido de que cuando el testador usaba en el primer testamento, como cláusula derogatoria de los que después otorgara, una locución general, bastaba para derogarla otra cláusula general, sin que fuera preciso repetir las mismas palabras de la derogada; pero si había hecho uso de cláusulas especiales, empleando al efecto un adagio, sentencia, aforismo, etcétera, en estos casos no se entendería revocado el testamento anterior, si en el posterior no se reproducían literalmente, con el fin de derogarlas, las mismas palabras contenidas en la cláusula derogatoria.

Las leyes posteriores al Código de D. Alfonso nada nuevo dijeron sobre el particular, por lo cual podemos afirmar, que lo que concluimos de decir formaba el Derecho positivo vigente á la sazón en que se publicó el nuevo Código Civil, que ha venido á establecer con toda pureza, y en términos tan absolutos como categóricos, que las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, sin que contra este principio pueda admitirse ni la misma voluntad del testador.

Forma en que ha de hacerse la revocación de los testamentos —

Si bien la Ley positiva ha ido tan lejos al establecer el principio de la revocabilidad de las últimas voluntades, que ni siquiera respeta los deseos contrarios del testador, en cambio no admite que esa revocación se haga en cualquiera forma, pues que preceptúa que el testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar. Es decir, que el testamento válido, solo por otro posterior perfecto se revoca, siempre que el testador no exprese en este último su voluntad de que aquel subsista en todo ó en parte.

Esto que decimos, es lo preceptuado por la misma Ley positiva, y su inteligencia ha dividido las opiniones, en cuanto á si todo testamento posterior, aunque válido por reunir las solemnidades propias de su clase, es suficiente á derogar otro anterior más solemne, ó por el contrario, es preciso observar en la revocación las mismas solemnidades que se cumplieron para otorgarle.

Hay quien cree que los testamentos llamados solemnes, v. gr., el *cerrado*, solo por otro testamento solemne puede derogarse, porque el precepto legal de la revocación lo interpretan en el sentido de que solo puede ser revocado un testamento por otro posterior perfecto, para el cual se requieran igual ó mayor número de formalidades que para el derogado.

Fácilmente se comprende que tal opinión no es admisible, ni tiene en su apoyo ninguna razón seria; porque tan testamento es aquel para cuyo otorgamiento la ley preceptúa fórmulas sencillas, como el que por precepto también del legislador se vé rodeado de complicadas ritualidades: las mismas disposiciones pueden contener uno que otro; igual valor tienen si cada uno en su clase fué otorgado con las formalidades propias para el caso. Por esta razón tan sencilla como verdadera, y por la no menos cierta de que la ley no hace distinción alguna, no admitimos nosotros distinciones, creyendo que todo testamento posterior perfecto, sea de la clase que quiera, revoca en todo ó en parte, según sea la voluntad del testador, al anterior que hubiera sido válidamente otorgado, de cualquiera clase que sea; porque á lo que hay que

atender es al cambio de voluntad del testador, y esto es tan respetable y atendible cuando se expresa en testamento llamado menos solemne, como cuando se consigna en otro que es dcicho solemne; siempre que en uno y otro se cumplan las prevenciones de ley que les son propias.

Efectos que produce la revocación de un testamento.—Al hablar de los efectos que produce la revocación de un testamento válido en sí, por otro posterior perfecto, hay que atender en primer término á la voluntad del testador, como sucede siempre en materia de testamentifacción, cuando no se opone á derechos de tercero ni va contra las prescripciones legales. La revocación será total ó parcial, según lo quiera el testador; pero cuando éste nada distingue, debe entenderse que es total; pues cuando quiere que el anterior subsista en parte ó en todo, *deberá expresarlo*: así como también necesita el testador hacer declaración *expresa*, para que el testamento anterior recobre su fuerza, en todo ó en parte, cuando revoca después el posterior; porque la derogación del primero se estima como un hecho consumado, y la eficacia de aquel testamento quedó perdida en absoluto, necesitando una nueva y expresa manifestación de su autor para que readquiera validez.

Otra cosa sería si el testamento otorgado con posterioridad al de que se trata de revocar, resultara nulo; pues en tal caso sucedería, que el anterior conservaría su validez, porque en realidad su revocación no había tenido efecto, ya que como es sabido, lo nulo no produce eficacia alguna, mucho menos cuando se opone á un acto jurídico anterior, cuya validez no se puso nunca en tela de juicio.

Cuando el testamento derogatorio es perfecto, la revocación produce su efecto aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero ó de los legatarios en él nombrados, ó por renuncia de aquél ó de éstos: y sucede esto en tales casos, porque de un modo evidente consta y es conocida la voluntad del testador, siempre lo primero á que debe atenderse, de que no quiere que hereden los instituidos ó nombrados en el primer testamento. En estos casos se abre la sucesión legítima ó abintestato.

A lo que no afecta la revocación de un testamento es al reconocimiento de un hijo ilegítimo, reconocimiento que no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo; porque como dice un escritor contemporáneo, el reconocimiento de un hijo no es expresión de la voluntad del que otorga el testamento, sino confesión ó declaración de *un hecho*. El mero hecho de ser una persona hija de otra puede constar de diversos modos, siendo el más eficaz para la ley la confesión del padre hecha en escrito indubitado. Una vez probado *el hecho* por declaración del padre, la voluntad de éste es impotente para que lo que ha sido deje de ser; de modo, que la revocación del testamento, aunque se haga de una manera especial, no puede afectar al hecho ni á las consecuencias jurídicas del mismo debidamente probado.

Presunción de revocación en los testamentos cerrados.—Después de hablar el Código Civil de lo que pudiéramos llamar principios generales en materia de revocación de las últimas voluntades, formula un precepto de especial aplicación á los testamentos cerrados, los cuales presume revocados cuando aparecen en el domicilio del testador con las cubiertas rotas ó los sellos quebrantados, ó borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que los autoricen; presunción que según términos de la misma Ley positiva admite prueba en contrario, porque se dice que dicho testamento será, sin embargo, válido, cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador, ó hallándose éste en estado de demencia: no estando demente el testador, el que sostenga la validez del testamento tendrá que probar que aquel no tuvo participación ni conocimiento del desperfecto; no siendo preciso justificar estos extremos cuando resulte probado que el testador está demente. En todo caso, será necesario probar la autenticidad del testamento para su validez cuando resulte rota la cubierta ó quebrantados los sellos.

Lo hasta aquí dicho refiérese al caso en que el testamento cerrado lo conserve en su poder el testador; pero como es sabido, puede también suceder que el pliego que contiene el testamento haya sido entregado para su custodia á una segunda per-

sona, y en este caso hay que hacer la distinción de si el desperfecto consiste en hallarse rota la cubierta ó quebrantados los sellos, ó si solamente raspadas, borradas ó enmendadas las firmas: en el primer caso el testamento se reputa nulo, y en el segundo válido; pero esa nulidad ó validez no es más que presunta, pues en uno y otro caso se admite prueba en contrario; pudiendo suceder que se convalide el testamento que se reputaba nulo, si se justifica su autenticidad, ó que se anule el que se presumía válido, si se prueba que el testador entregó el pliego con las raspaduras ó enmiendas que presente. Así se deduce de la inteligencia que debe darse al párrafo último del art. 742 del Código Civil.

—911 No dice la ley que las reglas explicadas rijan también para los testamentos ológrafos, sino que las refiere solo á los testamentos comunes cerrados; pero dada la gran semejanza que en ciertos puntos existen entre estos y aquellos, creemos que los principios dichos serán aplicables á ambas clases, salvo en lo que se refiere á los sellos, cubierta del pliego y firma y signo del Notario, por no ser estas formalidades propias del testamento ológrafo.

III **Ineficacia de las disposiciones testamentarias.**—En los párrafos anteriores hemos hablado de la invalidación de los testamentos por haberse faltado en su formalización á las prevenciones legales, ó porque *voluntariamente* ha querido el testador dejarlos sin efecto; y ahora nos vamos á ocupar de aquellos otros casos en que las últimas disposiciones no producen efecto, no por falta de formalidades en su otorgamiento, ni porque así lo quiera el testador (nulidad y revocación), sino porque en el fondo de dichas disposiciones hay algo que se opone á su validez, por perjudicar derechos legítimamente adquiridos, que es lo que en extricto sentido se llama *ineficacia*; y decimos en extricto sentido, porque en el sentido lato de la palabra *ineficacia* se significa con ella, aplicada á los testamentos, toda falta de efectos legales en los mismos, cualquiera que sea la causa que la motive. Bajo este punto de vista, la *ineficacia* del testamento tiene lugar, cuando habiendo herederos forzosos fuesen instituidos como herederos ó legatarios los extraños, á menos que aquellos recibieran su legítima por cualquier otro concepto, ó en tiempo oportuno hubieran

renunciado á ella, y cuando nace un hijo después de haberse otorgado el testamento. Pero para conseguir la declaración de ineficacia en estos casos es necesario el ejercicio de una acción, que no es otra que la de antiguo llamada queja ó querrela de inoficioso testamento, y que compete á los herederos forzosos preteridos ó injustamente desheredados sin causa, ó con causa falsa, para reclamar la porción de bienes que como legítima les corresponde; debiendo advertir, que dicha acción no tiene hoy el carácter de extraordinaria que en la antigüedad tuvo, porque el Código Civil no establece en este punto distinción entre acciones ordinarias y extraordinarias, y que pueden ejercitarla cuantas personas tienen hoy el concepto de herederos forzosos, siempre que sean preteridos é injustamente desheredados (1).

Mas téngase en cuenta, que la ineficacia de los testamentos hasta aquí explicada, y que reconoce por causa el perjuicio que la disposición testamentaria produce en derechos de tercero legítimamente adquiridos, no causa más que la invalidación parcial de los testamentos, pues afecta tan solo á la institución de heredero, quedando subsistente todo lo demás. Pero hay otra especie de ineficacia, que produce la invalidación total de las disposiciones testamentarias, y que es motivada por dejar de cumplir en estas prescripciones legales con posterioridad á la defunción del testador: tal sucede, v. gr., en el testamento ológrafo, cuando no se presente al Juzgado correspondiente con el fin de protocolizarlo en el término de cinco años, contados desde el día del fallecimiento del testador; en el testamento abierto hecho en peligro de muerte ó en tiempo de epidemia, cuando pasaren dos meses desde que cesó el peligro ó la epidemia pasó sin morir el testador, ó cuando falleciere y en los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Juzgado competente para que se eleve á escritura pública; en los testamentos otorgados sin intervención de Notario, cuando no se elevan á escritura pú-

(1) No damos más extensión á la explicación de esta doctrina en este lugar, porque hemos de volver á ocuparnos de ella cuando de la preterición y desheredación hablemos, y entonces la ampliaremos.

blica y se protocolizan en la forma prevenida; en el testamento militar hecho durante un asalto, combate, batalla, y en todo peligro próximo de acción de guerra, cuando el testador se salva del peligro en cuya consideración testó, ó cuando aun no salvándose no se formaliza por los testigos ante el Auditor de guerra ó funcionario de justicia que siga al ejército: y tantos otros casos como pudiéramos citar, de cuya tarea prescindimos por no hacer demasiado pesado el estudio de este Capítulo y por no incurrir en ineludibles repeticiones.

DOCTRINA LEGAL

Art. 737 Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad ó resolución de no revocarlas.

Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras ó señales.

Art. 738 El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar.

Art. 739 El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en este su voluntad de que aquel subsista en todo ó en parte.

Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.

Art. 740 La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero ó de los legatarios en él nombrados, ó por renuncia de aquél ó de éstos.

Art. 741 El reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo.

Art. 742 Se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas ó los sellos quebrantados, ó borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que lo autoricen.

Este testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador, ó hallándose éste en estado de demencia; pero si aparecieren rota la cubierta ó quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez.

Si el testamento se encontrare en poder de otra persona, se entenderá que el vicio procede de ella y no será aquel válido como no se pruebe su autenticidad, si estuvieren rota la cubierta ó quebrantados los sellos; y si una y otros se hallaren íntegros, pero con las firmas borradas, raspadas ó enmendadas, será válido el testamento, como no se justifique haber sido entregado el pliego en esta forma por el mismo testador.

Art. 743 Caducarán los testamentos, ó serán ineficaces en todo ó en parte las disposiciones testamentarias, solo en los casos expresamente prevenidos en este Código.

APLICACION PRACTICA

El reconocimiento de hijo natural hecho en testamento, en el que al propio tiempo se instituye como heredero del que lo reconoce, no obsta para que el que se crea perjudicado por dicho reconocimiento, pueda ejercitar la acción correspondiente para impugnar esta clase de filiación, y que se resuelva esta cuestión por las pruebas que en el procedimiento propio se practiquen. (Sent. de 9 de Junio de 1893).

Instituidos por herederos los hermanos por quien con anterioridad al Código Civil no tenía herederos forzosos, y fallecido el testador posteriormente dejando una hija natural, la institución no es nula, y únicamente debe reducirse en cuanto no permita pagar á la referida hija natural la tercera parte de la herencia, á que como legítima tiene derecho según el art. 842 del Código Civil. (Sent. de 16 de Enero de 1895).



CAPITULO XIV

Del Registro de actos de última voluntad



El Código Civil, que al hablar de la tutela completa su estudio estableciendo un Registro en los Juzgados de primera instancia para tomar razón de cuantas se constituyan durante el año en el respectivo territorio, y en cuyos libros se hacen los asientos de los particulares más importantes que la institución tutelar comprende; que después, al hacer el estudio del estado civil de la persona dedica varios artículos á hablar del Registro en que han de hacerse constar los actos concernientes á dicho estado, concluyendo por declarar vigente y en todo su vigor la Ley de 17 de Junio de 1870 dictada al efecto; y que al estudiar lo concerniente á la propiedad y demás derechos reales concluye hablando del Registro de la Propiedad, dejando subsistente la ley porque se regula, no ha querido seguir igual plausible conducta al ocuparse de los actos de últimas voluntades, no obstante haberse encontrado á la fecha de su publicación con un reciente Real Decreto, dado en 14 de Noviembre de 1885, para que comenzara á regir desde 1º de Enero de 1886, por el cual se creó un Registro general de actos de última voluntad, llevado en la Dirección general de los Registros Civil, de la Propiedad y del Notariado, al cual sirven de base los registros par-

ticulares que también ordenó se llevaran en cada uno de los Decanatos de los Colegios notariales de España y Ultramar, y los datos suministrados por los Agentes consulares en el extranjero.

Esta inexplicable conducta de los autores del Código Civil, hace que nos preguntemos si este ha derogado el mencionado Decreto; y aunque en teoría se inclinan á la afirmativa todas las razones y argumentos, ya que su contenido no es admitido ni siquiera tácitamente, pues que ni por accidente hacen á él referencia alguna los modernos legisladores, como sucede con otras leyes ó disposiciones especiales que quieren dejar subsistentes, ni puede declararse exceptuada de la disposición derogatoria contenida en dicho Código, la práctica, más fuerte que la misma Ley positiva, reconoce como una necesidad el mencionado Registro: y prueba de ello es, que de cuantos testamentos se han otorgado después de la publicación del Código Civil se han mandado los correspondientes antecedentes al Registro que el Decreto dicho creó, y no se hace ninguna declaración de herederos *abintestato* sin unir á las actuaciones la certificación oportuna, que acredite si aquella persona á quien se trata de heredar murió sin testamento.

Por esta razón, nosotros estimamos como conveniente, y hasta necesario, estudiar lo concerniente al mencionado Registro, como complemento de cuanto dejamos expuesto al explicar las varias cuestiones que afectan á la llamada testamentifacción activa.

Razones que aconsejaron el establecimiento del Registro de actos de última voluntad.—La imposibilidad de probar legalmente que un testamento que se presentaba como título para hacer una inscripción, no estaba destruido por otro anterior, otorgado con cláusula derogatoria ó por haberlo revocado el testador, dió lugar á una reforma en el art. 23 de la Ley hipotecaria, adicionándole el párrafo que establece, que la inscripción de bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por herencia ó legado no perjudicará á tercero hasta después de pasados cinco años desde su fecha.

Esta reforma vino á atenuar algún tanto el rigorismo del

principio absoluto consignado en el mismo artículo de la primitiva Ley hipotecaria, de que los títulos no inscritos no debían perjudicar á tercero; principio que se consignó en la mencionada Ley para desarrollar el crédito territorial, aun á riesgo de lastimar, en ciertos casos, respetabilísimos derechos, como muy bien se dice en el preámbulo del Decreto que estableció el Registro de actos de última voluntad.

Pero la reforma indicada, si consiguió amparar el derecho de los que verdaderamente lo tuvieran á una herencia, no lo hizo sin menoscabo del crédito territorial, ya que durante ese término de cinco años no podía la inscripción inspirar la confianza necesaria para atraer capitales á la propiedad inmueble adquirida por herencia; y esto dió lugar á que por Ley de 17 de Julio de 1877 se adicionase un tercer párrafo á dicho artículo, según el cual la inscripción de los bienes adquiridos por herederos necesarios perjudica á tercero desde su fecha, medie ó no testamento.

Estos cambios tan inestables como vacilantes, explican las razones, según se dice en el preámbulo del citado Decreto, que fueron tenidas en cuenta para el establecimiento del Registro en cuyo estudio nos ocupamos, creyendo que con él, y sin llegar á la reforma del sistema hipotecario á la sazón establecido, podía conciliarse el desarrollo del crédito territorial con el respeto debido á los indicados derechos; lo cual no podía conseguirse en tiempos anteriores á Noviembre de 1885, porque el Índice del Decanato de cada Colegio notarial donde se inscribían periódicamente los documentos otorgados por los Notarios del Distrito, no suponía un organismo completo, ni podía, por tanto, suministrar datos bastantes y con la debida oportunidad, porque no existía un centro general comprensivo de todos los Índices de Distrito. Así sucedía, que estos índices particulares no evitaban que, á pesar de los llamamientos en los periódicos oficiales y de cumplir cuanto ordenado tiene la Ley de Enjuiciamiento civil, se hicieran declaraciones de herederos abintestato habiendo otorgado testamento el causante; disposición testamentaria que era desconocida por no saberse dónde y cuándo se otorgó: y

también sucedía, que se adjudicaba una herencia en virtud de un testamento revocado en aquel tiempo por el testador, por la misma razón de ignorar en qué tiempo y lugar se verificó la derogación.

Ventajas que reporta el Registro de actos de última voluntad.— Los inconvenientes que acabamos de decir presentaban los Índices á que antes nos referimos, quedaron salvados mediante la creación del Registro de actos de última voluntad, y en cambio esta institución, escrupulosamente practicada, facilita á los que se crean con derecho á una herencia ó tengan esperanza de heredar, noticia de aquellos actos con relación á determinada persona; evita que se inscriban bienes en virtud de títulos que, aunque verdaderos, no deben tener eficacia jurídica por voluntad del testador; disminuyen las probabilidades de declarar herederos abintestato habiéndolos por testamento, y, por último, proporciona al público que desee emplear sus capitales en la propiedad inmueble adquirida por herencia, mayores medios de averiguar, en cuanto es posible, aquello que más le interesa; esto es, si el contrato que va á celebrar con el que se presenta como dueño y así aparece en el Registro, estará ó no expuesto á invalidación en el plazo de cinco años.

Carácter y organización que presenta el mencionado Registro.— Durante la vida del testador, la inscripción de la existencia de su última voluntad, permanece en la más absoluta reserva; y para que así se cumpla, se determina en el art. 4º del Decreto á que nos venimos refiriendo, que el Registro general y los particulares de cada Colegio Notarial serán reservados, bajo la responsabilidad del personal destinado al servicio correspondiente en la Dirección y Decanatos de los Colegios notariales; pero acreditado el fallecimiento se convierte en público el Registro, ya que ningún perjuicio puede resultar de que sean conocidas las anotaciones hechas en el mismo.

Respecto á la organización del Registro de actos de última voluntad, diremos que es de todo punto sencilla, como sencilla es la de todo organismo cuando es corto el número de elementos de que se compone; encontrándose en esta sencillez que la

institución presenta, una de las razones que hacen más practicable el fin propuesto con su creación, y quizá la más poderosa para que en la práctica haya arraigado hasta el extremo de seguir estimándose como necesario, no obstante ese absoluto silencio de los autores del nuevo Código Civil.

En la Dirección general de los Registros Civil, de la Propiedad y del Notariado, hay una sección ó negociado que lleva el Registro general, al cual sirven de base los Registros particulares que está mandado se lleven en cada uno de los Decanatos de los Colegios Notariales de España y Ultramar, y los datos que suministran los Agentes consulares en el extranjero: éstos remiten directamente al Registro general los antecedentes de los testamentos otorgados ante ellos por los españoles; y los Notarios, Jueces y Párrocos mandan dichos antecedentes al Decanato del Colegio notarial correspondiente, y desde este son remitidos después al Registro general. Por eso se dice en el art. 5º del Decreto que estudiamos, que los Párrocos, Jueces de primera instancia y Notarios de la Península, islas adyacentes y Ultramar, que de cualquier modo intervengan en los otorgamientos ó declaraciones de que deba tomarse razón en el Registro general, dirigirán dentro de tercero día, desde que el acto tuvo lugar, una comunicación al Decano del Colegio notarial correspondiente, en la que, por párrafos separados y numerados, se consignen los nombres y apellidos de los otorgantes, su naturaleza, vecindad ó domicilio; los nombres y apellidos de sus padres; el Notario ó funcionario que haya autorizado el acto, ó Juez que haya hecho la declaración ó dictado el auto y Escribano que haya intervenido; la población en que tenga lugar, fecha en que se efectúe y clase de acto de última voluntad; y por último, cuantas observaciones especiales haya que hacer constar. En el caso de no poder consignar cuantas circunstancias quedan indicadas, tienen que hacer la manifestación de ser los únicos antecedentes que han podido reunir.

Los Notarios remitan la comunicación, lo harán constar así por nota al márgen del respectivo instrumento; é inmediatamente que los Decanos de los Colegios notariales reci-

ban dichas comunicaciones, dispondrán que se consignent los datos en el Registro particular que se lleva en el Decanato; registro que se llevará por orden alfabético de apellidos, en hojas encuadernadas formadas de papel común, que se encuadernarán anualmente, quedando á cargo de las respectivas Juntas el modo de cumplir con este servicio.

Los Decanos de los Colegios notariales de la Península y Baleares, remitirán cada quincena al Registro general los antecedentes que en ese tiempo reciban de los Notarios del Distrito, acompañados de una comunicación en que se exprese el número de hojas que acompañan, el de las que quedan empezadas, y el de asientos que cada una comprende; y los de los Colegios de Canarias y Ultramar, harán la remisión de hojas todos los meses; como así mismo los agentes consulares las oportunas comunicaciones.

Con todos estos antecedentes, la Dirección formará el Registro general, formándose un índice alfabético para facilitar la busca de los asientos.

Actos de que se tomará razón en el Registro general.—En el artículo 2º del Decreto tantas veces mencionado, se señalan los actos de que se tomará razón en el Registro general, y son: 1º De los testamentos abiertos ó cerrados, codicilos, poderes para testar, revocaciones, retractaciones de estas, donaciones *mortis causa*, declaraciones de pobreza en que se disponga de bienes que puedan adquirirse en lo sucesivo, y en general de todo acto relativo á la expresión ó modificación de la última voluntad en que intervenga Notario, ya sea de la Península, islas adyacentes ó Ultramar, ó Cura párroco en los pueblos en que por Ley, Fuero ó costumbre intervenga como autorizante ó Agente consular en el extranjero: 2º De las declaraciones que hagan los Jueces de ser testamento escrito el que con tal objeto les hubiese sido presentado, ó el dicho de los testigos en su caso, y de los autos que dictaren mandando protocolizar memorias testamentarias: 3º De las ejecutorias que afecten á la validez de los testamentos y demás actos de última voluntad.

Nótase que en el mencionado artículo no se comprenden

todas las clases de testamentos que el nuevo Código Civil estudia, lo cual no es de extrañar, porque cuando aquél se dictó no se reconocían más clases que las que menciona; siendo lógico interpretar que aquella disposición debe hacerse extensiva á todas las clases de testamentos que en la actualidad se conocen.

Certificaciones del Registro de actos de última voluntad: quién las expide, y actos en que son necesarias.—Las certificaciones del Registro general de actos de última voluntad solo podrán expedirse cuando las pidan los Jueces ó Tribunales ó las Autoridades para asuntos del servicio; cuando las soliciten los mismos otorgantes acreditando su personalidad; y cuando se pidan por cualquiera otra persona si acredita ó consta ya acreditado el fallecimiento de aquella de quien se desee saber si aparece ó no registrado algún acto de última voluntad.

Las certificaciones se expiden por el oficial jefe del Negociado, con el V^o B^o del Director, en el papel del timbre correspondiente, que facilitan los solicitantes, abonando por derechos una peseta por cada certificación.

De toda certificación que se expida quedará archivada la minuta correspondiente, autorizada con la rúbrica del Director y media firma del oficial.

Siempre que se solicite declaración de que una persona ha muerto abintestato, ó la aprobación judicial de particiones practicadas en virtud de cualquiera acto de última voluntad, se presentará en el respectivo Juzgado de primera instancia certificado de la Dirección de los que consten registrados, ó de que no consta ninguno del causante. El certificado se unirá á los autos, y sin perjuicio de que el Juez en su vista acuerde lo que estime procedente, cuidará, al hacer la declaración de fallecimiento abintestato, ó al aprobar las particiones, de que se consigne el contenido de la certificación (1).

Los Notarios que sean requeridos para dar fé de actos de adjudicación ó de partición de bienes adquiridos por herencia testada, exigirán que los interesados les presenten certificado de la

(1) Art. 8^o del Real Decreto de 14 de Noviembre de 1885.

Dirección en que conste si existe ó no registrado algún acto de última voluntad del causante. El certificado se unirá á la matriz y se insertará en las copias que se expidan (1).

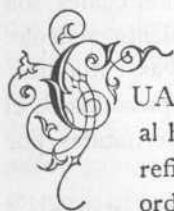
Los Registradores de la propiedad harán constar brevemente en la inscripción, de los bienes adquiridos por herencia testada ó intestada, el contenido de la certificación de la Dirección, y la suspenderán por defecto subsanable, si esta no se inserta en la escritura ó en el auto de declaración ó aprobación judicial (2).



-
- (1) Art. 9º del Real Decreto de 14 de Noviembre de 1885.
(2) Art. 10 del id. id. id.

CAPITULO XV

De la capacidad para suceder por testamento y sin él



TANTO llevamos dicho en los precedentes Capítulos al hablar de la sucesión hereditaria por testamento, refiérese á los varios problemas jurídicos que en este orden se comprenden bajo la denominación general de *testamentifacción activa*; y en el presente y siguientes vamos á estudiar lo concerniente á la llamada *testamentifacción pasiva*, que, como su mismo nombre indica, no es otra cosa que la capacidad para adquirir por causa de muerte los bienes que en vida pertenecieron á otra persona. Pero no se entienda por esto, como algunos creen, que el estudio de esta segunda *sección*, por decirlo así, de la sucesión hereditaria por testamento, se completa con solo averiguar qué es esa capacidad y qué personas disfrutan de ella, sino que á nuestro juicio compréndese también bajo tal denominación otras varias cuestiones legales de que nos ocuparemos en los Capítulos siguientes.

Personas que tienen capacidad para suceder por testamento ó sin él.—De la misma manera que al hablar de la *testamentifacción activa* la primera cuestión que se nos presentaba era determinar qué personas podían transmitir por testamento, así al estudiar la

llamada *testamentifacción pasiva* lo primero que hay que averiguar es, qué personas son las que tienen capacidad para adquirir por herencia, comprendiendo en este punto lo mismo á los que se dicen herederos propiamente tales, como á los legatarios; esto es, igual á los que suceden á título universal, que á los que suceden á título singular.

Al indicar la Ley positiva quiénes son las personas que pueden suceder por testamento ó abintestato, sigue igual procedimiento que vimos empleaba al determinar cuáles eran las que podían transmitir por testamento; es decir, que comienza formulando un principio absoluto de carácter negativo, pues en el art. 744 del Código Civil se lee: «Podrán suceder por testamento ó abintestato los que no estén incapacitados por la ley». Pero como este precepto, por demasiado general nada enseña por sí, háse visto precisado el legislador á decirnos á continuación cuáles son esas incapacidades de ley, y así dice en el siguiente artículo: «Son incapaces de suceder: 1º Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el art. 30: 2º Las asociaciones ó corporaciones no permitidas por la ley (1)».

Clasificación de las incapacidades para suceder por testamento ó sin él.—Pero como no son solas las causas dichas las que producen incapacidad para adquirir por herencia, sino que hay otras varias que producen el mismo efecto, bien que no todas tengan igual extensión, nosotros las clasificamos, para su más facil estudio, del modo siguiente: *incapacidades propiamente dichas é indignidades*; y en las primeras distinguimos unas que son *absolutas*, y otras *relativas*.

(1) En la primera edición que del Código se hizo, reformada á los poquisimos meses, se incluía otra incapacidad más: la de los religiosos profesos de Ordenes reconocidas por las leyes del Reino; pero esta incapacidad desapareció al reformarse la Ley positiva, por las mismas razones que desapareció la declarada contra las mismas personas para transmitir por testamento, y cuya explicación dejamos hecha en el Capítulo V, al cual remitimos al lector, prescindiendo de su exposición en este lugar, por no incurrir en repeticiones.

I **Incapacidades.**—A) *Incapacidades absolutas.*—Entre estas solo se comprenden aquellos estados en el sujeto pasivo de la testamentifacción, que le declaran inhábil para adquirir cualquiera herencia ó legado que sea. Las incapacidades de este orden están limitadas hoy á las dos que dejamos consignadas anteriormente; ó sea, á las criaturas abortivas, y á las asociaciones ó corporaciones no permitidas por la ley.

Las razones que explican estas dos incapacidades *absolutas*, son en extremo sencillas, por cuyo motivo hemos de detenernos poco en su estudio.

Por lo que dice relación á la incapacidad de las criaturas abortivas, justificase su prohibición para heredar con solo recordar, que si al ser concebido y no nacido se le reputa como si nacido estuviera para cuanto pueda serle favorable, es siempre bajo la condición de que su nacimiento tenga lugar en las condiciones por la Ley positiva marcadas, que no son otras, que las de que el feto nazca con figura humana y viva veinticuatro horas desprendido del seno materno; porque la personalidad y capacidad jurídica en la persona natural se determina por el hecho del nacimiento, siempre que este tenga efecto en las condiciones mencionadas, y nada en realidad llega á adquirir quien á su tiempo no tiene la personalidad que la ley exige. Por eso, la herencia ó legado que á un concebido y no nacido se deja, podemos decir que es siempre condicional, sino por voluntad del causante, por ministerio de la ley.

Respecto á la incapacidad de las asociaciones ó corporaciones no permitidas por la ley (1), solo diremos, que está por demás justificada, hasta el punto de creer nosotros que no habían tenido necesidad de hacerla constar los autores del nuevo Código Civil, después de haber dicho en el art. 35 que son personas jurídicas las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público *reconocidas por la ley*; y de establecer en el 38, que las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas cla-

(1) Son asociaciones ilícitas, las que por su objeto ó circunstancias sean contrarias á la moral pública, y las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos penados en el Código.

ses, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles ó criminales, conforme á las leyes y reglas de su constitución. Es decir, que negada la personalidad jurídica á las corporaciones y asociaciones *no reconocidas por la ley*, claro está que no podrían adquirir por testamentos, porque si de otro modo fuera se daría el caso, no admisible en Derecho, de que alguna vez la Ley positiva tuviera que garantir y defender los derechos de quien para ella no tiene la consideración de persona.

Pero debemos advertir que hay personas jurídicas, que por más que no tienen incapacidad para adquirir, las adquisiciones que hagan y el disfrute de las cosas que adquieran, habrán de someterse á leyes especiales. Por eso se dice en el art. 746 del Código Civil, que las iglesias y los cabildos eclesiásticos, las Diputaciones provinciales y las provincias, los Ayuntamientos y Municipios, los establecimientos de hospitalidad, beneficencia é instrucción pública, las asociaciones autorizadas ó reconocidas por la ley y las demás personas jurídicas, pueden adquirir por testamento, con sujeción á lo dispuesto en el art. 38. Es decir, que las personas jurídicas (1) adquirirán por herencia, conforme á las leyes y reglas de su constitución; la Iglesia se regirá en este punto por lo concordado entre ambas potestades; y los establecimientos de instrucción y beneficencia por lo que dispongan las leyes especiales.

B) *Incapacidades relativas*.—Como incapacidades relativas establece tres el Código Civil, que son: la del sacerdote que hubiera confesado al testador en su última enfermedad, ó sus parientes en cuarto grado, ó su Iglesia, cabildo, comunidad ó instituto; la del tutor respecto á su pupilo, si la disposición testamentaria de éste fuese hecha antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de la tutela, aunque el testador muera después de su aprobación, y siempre que dicho tutor no sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana ó cónyuge del pupilo; y la del Notario que autorice el testamento, su esposa, parientes del mismo

(1) Advértase que nos referimos solo á las personas jurídicas que el Código Civil reconoce en los dos números del art. 35.

hasta el cuarto grado, á no ser que lo dejado por el testador en herencia sea algún objeto mueble ó cantidad de poca importancia, y testigos que hayan asistido al otorgamiento, sea cualquiera la clase de testamento de que se trate, pues no se exceptúan ni aun aquellos especiales para cuya formalización no se requiere Notario (1).

Las incapacidades que quedan indicadas son todas calificadas de *relativas*, porque no implican negación de condiciones en el sujeto en quien existen para suceder en todo caso, sino únicamente para aquellos que taxativamente se marcan, pudiendo heredar en cualesquiera otro. Y la razón que las explica no es otra, que la racional presunción de que por influencia ejercida en el ánimo del testador se haya manifestado la voluntad de éste en el sentido en que lo ha hecho. Pero este fundamento, que es á juicio nuestro en lo único en que pueden basarse las mencionadas causas de incapacidad, hace que distingamos en el primer caso si el testamento fué hecho antes ó después de la confesión; porque si fuera de fecha anterior, la razón única que explica la incapacidad desaparecería, y no existiendo la causa no deben admitirse los efectos; y por ello creemos que debe estimarse como válida la disposición testamentaria hecha á favor del confesor en la última enfermedad, cuando el testamento es hecho con anterioridad al momento de la confesión. Mas si para estimarlo así no bastára la razón lógica antes apuntada, existe todavía otra en pró de nuestra afirmación, nacida de la interpretación gramatical que debe darse al art. 752 del Código Civil, que es en el que se establece la incapacidad de referencia; porque al decir que no producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del Sacerdote que en ella le *hubiese* confesado, bien claro indica que exceptúa los testamentos hechos con anterioridad al tiempo de la confesión, y como dado el carácter de este precepto, debe interpretarse siempre en sentido restringido, de aquí que por una y otra consideración podamos con razón asegurar, que la inca-

(1) Artículos 752, 753 y 754 del Código Civil.

pacidad del confesor en la última enfermedad del testador, y la de los parientes, Iglesia, Cabildo, Comunidad ó instituto de aquél, no se refiere ni puede referirse más que al testamento hecho después de la confesión.

Respecto á la incapacidad del tutor poco tenemos que decir, porque el texto legal está bien claro: tiene incapacidad el tutor para suceder por testamento al pupilo que hubiere tenido en guarda si la disposición testamentaria fué hecha antes de aprobarse la cuenta definitiva de la tutela, aunque el testador muera después de su aprobación, y siempre que dicho tutor no sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana ó cónyuge del pupilo. Pero creemos que siendo la causa de esta incapacidad la influencia que en el ánimo del pupilo puede tener el tutor, por esa especie de superioridad que con relación á aquél tiene en ese estado cuasi-familiar que forman, debe cesar la prohibición una vez terminada aquella relación por la extinción de la tutela; y si la aprobación de las cuentas definitivas todavía no ha tenido efecto (muy bien puede suceder así porque son momentos distintos), no encontramos la razón que justifique esta incapacidad en el tiempo que puede mediar entre la terminación de la tutela y la aprobación de las cuentas. Por eso creemos que hubiera sido más justificado el precepto que impone la incapacidad que estudiamos si hubiera dicho: No surtirá efecto la disposición testamentaria del pupilo á favor de su tutor, hecha antes de haber terminado legalmente la tutela, aunque el testador muera después de terminada.

Por último, en la incapacidad del Notario hácese por algunos tratadistas dos observaciones: es la primera, la de que, al igual que en los casos anteriores, nada dice la ley, acerca de si la mencionada incapacidad es aplicable á toda clase de sucesión, ó solo á aquella que es llamada á título universal; es decir, si comprende á herederos y legatarios ó solo á los primeros, y la de que tampoco distingue el legislador si el Notario es incapaz para suceder en el caso que estudiamos lo mismo siendo el testamento abierto que siendo cerrado.

A juicio nuestro, ambas observaciones carecen de fundamento, y las creemos hechas por no haberse cuidado sus autores de concordar unas con otras las disposiciones del Código, pues si este trabajo se hubieran tomado, habrían hallado, que por el muy claro y terminante precepto que dicho cuerpo legal contiene en el art. 789, todo lo dispuesto en materia de incapacidades é indignidades para los herederos, es aplicable á los legatarios, con la única excepción que establece el párrafo segundo del artículo 682, cuando el legado sea de algún objeto mueble ó cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario: excepción que no destruye la regla general de incapacidad para que el Notario sea legatario en el testamento que autoriza, sino que por el contrario la confirma, como toda excepción confirma la regla general de que se excluye. Y respecto á si se refiere la incapacidad que estudiamos á todos los testamentos comunes á que el Notario asiste, ó solo á los abiertos, diremos: que si bien es verdad que la ley no distigue expresamente, y en tal sentido debemos creer que se refiere á todos ellos, hay, no obstante, poderosas y muy atendibles razones para afirmar que se refiere solo á los *abiertos*; porque solo en estos existe la causa ó razón á que obedece la referida incapacidad legal, pues no siendo en los *cerrados* conocida la voluntad del testador, mal puede presumirse influencia del Notario sobre el ánimo de aquél; y si la causa no existe no deben reconocerse los efectos, única forma de interpretación en este caso, que hace que triunfe el espíritu de la ley sobre la vaguedad de expresión de la misma. Además, que esa misma excepción que consigna el art. 754, con referencia al párrafo segundo del 682, nos autoriza más y más á sostener nuestra afirmación, toda vez que en este último artículo se habla solo del testamento *abierto*, y al exceptuarlo el 754 como complemento de lo que en él se dispone, es racional presumir que así lo hace por ser disposiciones que se refieren á cuestiones de igual índole.

Cuanto dejamos dicho al hablar de la incapacidad del Notario, es aplicable á los testigos del mismo testamento,

Para terminar el estudio de las incapacidades *relativas*, solo nos resta estudiar una cuestión propuesta por algunos tratadistas, cual es: si las mencionadas incapacidades se refieren solo á la sucesión testamentaria ó son también aplicables á la sucesión abintestato.

Hay algunos que siguiendo en este punto el criterio sustentado por Ferreira al hablar de la misma cuestión con relación al Código de Portugal, y fijándose además en lo que dispone el artículo 914 del nuestro, que hace extensivo á la sucesión *abintestato* todo lo que consigna hablando de incapacidad para suceder por testamento, sostienen que las declaraciones consignadas en los artículos 752, 753 y 754 que hablan de las incapacidades relativas, son aplicables á ambas sucesiones.

Nosotros creemos que tales incapacidades se refieren solo á la sucesión testamentaria, y para ello nos fundamos, en que en los tres artículos citados se habla por modo expreso de *disposiciones testamentarias*, siendo racional entender que queda excluida la sucesión abintestato. Y así debe interpretarse, porque sería gran absurdo suponer, que el hecho de ser confesor, tutor ó Notario del causante de la herencia, implicaba incapacidad para heredarle abintestato, pues puede muy bien suceder, que los que tales cargos desempeñen sean los llamados por ley á suceder á aquel de cuya herencia se trate, y ni la prescripción legal, ni la justicia ni la equidad, pueden querer que por un hecho tan accidental como involuntario sean privados de los bienes y derechos á cuyo disfrute son llamados por las razones que en su lugar explicaremos se defiende la herencia abintestato. Pues qué, ¿no sucede á veces, que por circunstancias y apremios del momento, cuando no por otras razones, es el hijo el encargado de recoger con el último suspiro del padre los descargos de conciencia de éste mediante una confesión? y ¿no sería, no ya absurdo, sino hasta inhumano, privar á tal confesor de su participación en la herencia por un hecho tan casual como grato en muchos casos? Decir más después de esto para probar que las prescripciones de ley que dejamos estudiadas se refieren solo á las herencias por testamento, sería insistir sobre una cosa que no necesita de más explica-

ción que la que nace de todo mediano sentido común, y dar á la cuestión una importancia que jamás debe concedérsele, pues para nosotros no hubiera merecido los honores de ser mencionada siquiera, si no hubiera sido porque la encontramos presentada por algunos tratadistas que pierden más tiempo hablando de lo que no merece indicarse, que el que dedican al estudio de cuestiones cuya discusión es muchas veces necesaria y siempre provechosa.

Como remate de la doctrina legal en el Código Civil establecida al hablar de las incapacidades para heredar, dicese por el legislador en el art. 755 de aquel, que será nula la disposición testamentaria á favor de un incapaz, aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso ó se haga á nombre de persona interpuesta. Es decir, que la ley no quiere que en ningún caso ni bajo ningún pretexto llegue á disfrutar una herencia la persona que por ella es calificada de incapaz para tal efecto; porque la simulación y el fraude no pueden ni deben prevalecer enfrente del precepto legal. Pero en realidad, esta declaración legal á que nos referimos no hace de todo punto precisa su consignación en este lugar; porque en rigor de verdad podemos decir, que esto mismo está dispuesto en el art. 4º del Código, en el cual se previene que son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley; pues tan ilegítimo es el hecho que disfrazada y fraudulentamente quebranta la ley, como el que va en abierta oposición contra lo dispuesto en ella.

El proyecto de Código de 1851 decía, que eran personas interpuestas el padre, madre, hijos, descendientes y cónyuge del incapaz, y por eso afirmaba el Sr. García Goyena, que instituida cualquiera de estas personas, podía formarse la presunción de que existía simulación ó fraude. En el vigente Código Civil nada se dice sobre este particular, de cuyo silencio deducimos, que la presunción está de parte de que no existe fraude ó simulación, mientras no se pruebe lo contrario, incumbiendo la prueba á quien sostenga que el fraude ó la simulación existe; porque para presumirlas no basta la relación de parentesco con la persona instituida.

II **Indignidades para suceder por testamento y abintestato.**— Además de las causas de incapacidad propiamente dicha para suceder, que dejamos estudiadas, hay las que la misma Ley positiva llama *incapacidades por causa de indignidad*, las cuales son aplicables unas á la sucesión testamentaria y otras también á la legítima; siendo bien que así suceda, porque son motivadas por circunstancias originadas por voluntad del sujeto en que radican, é implican en el mismo situaciones con relación al causante de la herencia, que en verdad acusan falta de mérito y disposición para recibir de éste ninguno de los bienes y derechos que á él en vida pertenecieron. Por la razón dicha, habremos de distinguir entre herencia testada é intestada; pero no entre *indignidades absolutas y relativas*, porque todas tienen igual consideración. Así, pues, nos vamos á limitar en este punto á estudiar las causas de indignidad que el Código establece, y por el mismo orden en que las presenta numeradas, indicando de paso á qué clase de sucesión son aplicables.

En el número primero del art. 756 se lee: que son indignos para suceder, los padres que abandonaren á sus hijos ó prostituyeren á sus hijas ó atentasen á su pudor.

Es tan manifiesta la razón en que se funda el hecho de declarar incapaz por indigno á los padres que tan bárbaras acciones cometen, que huelga toda explicación que sobre el particular pudiéramos hacer. Dicha causa de incapacidad es también declarada bastante para desheredar, según preceptúan los artículos 852 y 854 del mismo Código Civil. Como causa de indignidad es aplicable á la sucesión testamentaria y á la legítima.

En segundo lugar se dice que es indigno de suceder, «el que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes ó ascendientes. Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho á la legítima».

Como lo dicho por la Ley positiva en esta materia es taxativo y concreto, y hay que interpretarlo sin darle ni más ni menos alcance que el que en ella se dá á las prohibiciones que establece, hay que reconocer que para que la tentativa contra la vida del testador sea causa de indignidad para heredarle el ofensor, es

preciso que éste sea condenado por tal causa; esto es, que se siga procedimiento criminal contra él y llegue á dictarse sentencia firme, por no bastar las meras presunciones para fundar en ella una declaración de tal efecto y trascendencia como puede ser la de incapacitar á uno para adquirir una herencia. Pero no es preciso que en todo caso preceda la imposición de la condena al momento en que nace el derecho á la herencia, porque puede muy bien suceder que en el tiempo que medie entre la realización del acto punible y la resolución judicial que sobre el mismo recaiga ocurra el fallecimiento del testador, en cuyo caso es racional que se diga, como hace la Ley positiva, que habrá que esperar á que se dicte sentencia firme; y claro está que si esta es absolutoria, el que fué acusado de indigno es rehabilitado y entra á disfrutar la herencia.

Hay que hacer constar que esta segunda causa de indignidad que estamos examinando se refiere lo mismo á la sucesión testamentaria que á la legítima, porque aunque la ley comienza diciendo..... *por haber atentado contra la vida del testador*, y con tal modo de expresarse parece que se refiere solo á la sucesión por testamento, en cambio concluye afirmando, que si el ofensor fuere heredero forzoso perderá su derecho á la legítima.

Dícese en tercer lugar que es causa de indignidad para suceder, el acusar al testador, de delito al que la ley señale pena afflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa. Es decir, que la acusación ha de ser por un delito de los llamados *graves*, y ha de resultar además *calumniosa*, porque si se confirma imponiendo al denunciado la correspondiente condena, el denunciador no es indigno para suceder, según se deduce de los términos de la misma ley; y para resolver acerca de este caso de indignidad habrá que esperar á que se dicte sentencia, que es cuando únicamente podrá saberse si la acusación es ó no calumniosa legalmente.

Lo que no indica la ley, ni siquiera puede deducirse de su contesto, es si la acusación hecha ha de ser como autor, ó se refiere también á la complicidad y encubrimiento. Ante este silencio de la ley, entendemos que su precepto ha de ser lo mismo

aplicable cuando se acusa al testador calumniosamente de autor de un delito grave, que cuando se le inculpa de haber tomado participación en este como cómplice ó encubridor; porque la causa ó razón en que se funda la declaración de indignidad es tan evidente en uno como en otro caso.

La causa de indignidad que ahora estudiamos es solo aplicable á la sucesión testamentaria, pues así se deduce de los términos empleados por el legislador, al decir: «el que hubiese acusado al testador.....»

Otra de las causas de indignidad para heredar es la consignada en el número 4º del art. 756 del Código Civil, referente al heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes á la justicia, cuando esta no hubiera procedido ya de oficio.

El deber de gratitud hacia quien nos favorece voluntariamente, designándonos en su testamento para que disfrutemos del todo ó parte de su fortuna, quiere la ley que en todo caso sea tan eficaz en la práctica como fuerte debe nacer en el corazón, y no perdona al heredero que sabiendo la muerte violenta del testador no la denuncia á la justicia en el plazo de un mes, á no ser que antes se instruya sumario de oficio. Pero la obligación de denunciar que la ley impone en este caso al heredero no es absoluta, porque quedan exceptuados aquellos casos en que según la Ley de Enjuiciamiento criminal no hay obligación de acusar: tal sucede á los impúberos y los que no gocen del pleno uso de su razón; al cónyuge, ascendientes y descendientes consanguíneos ó afines del delincuente, ni sus colaterales consanguíneos ó uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive; los hijos naturales respecto de la madre siempre, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos. Tampoco tienen obligación los Abogados y Procuradores, respecto de las instrucciones y explicaciones de sus clientes, y los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes respecto de las noticias que se les hubiesen revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio.

El precepto legal que ahora examinamos, al relevar de de-

nunciar al heredero mayor de edad cuando la justicia hubiera procedido de oficio en averiguación del culpable ó culpables de la muerte violenta del testador, parece que debe entenderse en el sentido de que tal obligación cesa en el heredero en todo caso en que la justicia instruya oficiosamente diligencias; pero á juicio nuestro no es así, porque si el Juzgado procede de oficio sin descubrir al verdadero culpable, y el heredero sabe quién es éste, debe denunciarlo, si no es de las personas contra quienes no hay obligación de denunciar, pues lo que la ley quiere en este caso es, no simplemente que se instruyan diligencias sumariales, sino que se averigüe quién es el autor del delito para que se le imponga el condigno castigo; y si para este fin obliga á todo ciudadano á denunciar, con raras excepciones, mal puede consentir que quede excluido de este deber social quien á su cumplimiento está especialmente obligado.

Para terminar el estudio de esta causa de indignidad diremos: que es sólo aplicable á la sucesión testamentaria, y que para resolver acerca de sus efectos hay que esperar á que transcurra el mes señalado para la denuncia.

La quinta causa de indignidad para suceder que la Ley positiva señala, es la de haber sido el heredero condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador.

Acerca de esta causa de indignidad para heredar poco hemos de decir; y no seguramente porque dada su índole no merezca una amplia explicación, sino porque cuanto aqui pudiéramos decir sobre el particular lo tenemos ya expuesto al hablar de la revocación de la donación por ingratitud del donatario para con el donante. Dando por reproducidas aquí las consideraciones que consignamos en el punto de referencia, solo añadiremos, que á nuestro entender, el acto de indignidad que examinamos determina la pérdida de *todo* cuanto en herencia se hubiera dejado por testamento, y la de la legítima en caso de ser heredero forzoso el sucesor; y para ello nos fundamos, no solo en que la ley no distingue y por eso no debemos tampoco distinguir nosotros, sino en que el delito de adulterio, siempre repugnante, hace mucho más odioso al autor cuando es cometido ultrajando

la honra de aquella persona de quien se dice, y la ley así lo considera, heredero forzoso. Y no se diga, como algunos pretenden, que no puede llegarse á esta conclusión, por ser materia que debe interpretarse en sentido restrictivo, y al no privar la ley expresamente al culpable, como hace en el caso segundo de indignidad que dejamos estudiado, no debe entenderse privado de su derecho de legítima; porque esto sería tanto como abogar por la absolucíon completa de quien al cometer el delito de adulterio con la mujer de cuyo marido es heredero forzoso, se convierte en un verdadero mónstruo, cuya perversidad de corazón se traduce en el más repugnante delito, haciéndole indigno, no de heredar los bienes materiales de fortuna, sino de seguir figurando como miembro de la familia á que tan profundo agravio infiere, manchándola en lo más estimable, al propio tiempo que también él se mancha: en la honra.

Lo que la ley no dice, es, si el condenado en juicio por adulterio es incapaz de heredar á la adúltera, pues el núm. 5º del art. 756 que examinamos, parece que se refiere solo á la sucesión del marido; pero sin embargo, nosotros creemos que la indignidad del adúltero debe aplicarse á la sucesión hereditaria de su cómplice, porque en realidad no es á quien menos ofende, no pudiendo imaginarse, como muy bien dice el Sr. García Goyena, un atentado ó ultraje personal más grave. Pero es fuerza confesar que no faltan razones legales para la solucíon contraria, á que dá fundamento el hecho tan repetido como lamentable de no haber sabido el legislador armonizar los preceptos de la ley con aquellos otros que constituyen el fondo de la sana moral.

Por último, como causas de indignidad para heredar, se comprenden en los números 6º y 7º del art. 756 del Código Civil, las siguientes: emplear amenaza, fraude ó violencia para obligar al testador á hacer testamento ó cambiarlo; y el impedir á otro hacer testamento, ó revocar el que tuviese hecho, ó suplantarlo, ocultar ó alterar otro posterior.

Estudiamos estas causas de indignidad para suceder bajo un solo número, porque en realidad todas ellas son análogas y se fundan en una misma razón, cual es: la de imponer el mere-

cido castigo á quien hace fuerza sobre la voluntad del testador ó la suplanta, para que no surta efecto la que es propia y expon-tanea de aquél.

Al estudiar las condiciones en que había de expresarse la voluntad del testador, vimos cómo la libertad en ella había de ser completa, hasta el punto de predicarse como una de las notas esenciales de la testamentifacción activa; siendo nulo el testamento otorgado con violencia, dolo ó fraude. Y si quien por tan reprobados medios impide que una persona otorgue su testamento libremente, pierde el derecho á la herencia de ésta, aun siendo heredero abintestato, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido, ¿qué mucho es que pierda esa mismo derecho en el caso de ser heredero voluntario?

Dedúcese, pues, que la Ley positiva castiga con la privación de la herencia á toda clase de herederos, ya sean forzosos ya voluntarios; y comprende en sus prescripciones á este efecto lo mismo la fuerza ó violencia ejercida sobre otra persona para que teste, como la empleada para que deje de testar ó varíe la disposición testamentaria; disposición justa en su esencia, porque tan punible es impedir á otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, como compelerle á efectuar lo que no quiera, sea justo ó injusto.

Todas las causas de indignidad que dejamos estudiadas tienen para nosotros el carácter de *relativas*, en cuanto que ninguna de ellas inhabilita para recibir cualquiera herencia, y solo sí, para adquirir por sucesión hereditaria, testada en unos casos ó intestada en otros, aquellos bienes y derechos de la persona contra quien se cometen los actos de indignidad de que dejamos hecho mérito.

Hay quien en este punto opina que las causas dihas de indignidad unas son *relativas* y otras *absolutas*. Así juzga el señor Falcón, pues al hablar en sus comentarios al Código Civil, de la consideración que debe darse á la indignidad del que con amenazas impide á otro hacer testamento, dice: «La ley moderna dá á esta incapacidad un concepto mucho más extenso, pues no le

limita solo al caso en que se ejerció la violencia ó intimidación sobre el testador, sino que comprende toda violencia ejercida sobre cualquier testador. El que impidiere á otro hacer testamento, dice el Código, y en esa palabra *otro*, lo mismo comprende el testador mismo que á otro testador distinto».

A juicio nuestro, lo afirmado por el citado civilista, sin dejar de ser cierto, no puede servir para afirmar que haya indignidades *absolutas*; porque para nosotros solo pueden serlo las que por el mero hecho de predicar de un sujeto una causa cualquiera de las en que aquellas se fundan, dicho sujeto fuera incapaz para suceder á toda persona; y como de ninguna de las que dejamos estudiadas puede predicarse esto con verdad, y sí solo que el sujeto en quien existe una causa de indignidad la tiene por su conducta con relación á otra determinada persona, á quien por lo mismo es incapaz de heredar, de aquí que afirmemos que todas las indignidades son *relativas*.

Cuantas causas de indignidad consigna la legalidad vigente, tienen de común, además del carácter de *relativas* que dejamos explicado, la particularidad de que dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer el testamento, ó si, habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público.

La razón de esta declaración de ley es muy sencilla. Toda causa de indignidad para heredar puede referirse á una injuria que el llamado por la ley *indigno* infiere á la persona cuyos eran los bienes hereditarios, y como ofensa personalísima que es, el que la recibe puede perdonarla; perdón que la ley admite en este caso que pueda ser tácito ó expreso: el primero tiene lugar cuando conociendo el testador la indignidad hace testamento nombrando por su heredero al incapaz; el segundo tiene lugar, según dice expresamente la Ley positiva, cuando la absolución de la falta ó remisión de la culpa se hace en documento público.

Las incapacidades é indignidades para heredar, según el Derecho histórico.—En todos los pueblos y tiempos se han admitido por las leyes ciertos y determinados hechos ó estados especiales en el sujeto pasivo de la sucesión hereditaria, como suficientes á fun-

dar en ellos lo que en términos más generales se llama *incapacidad para heredar*. Pero esta incapacidad no ha obedecido siempre á las mismas causas ni sus efectos han sido iguales; pues en unos casos obedecía á lo que en estricto sentido se llama *incapacidad*, y en otros era producida por causa de *indignidad* propiamente dicha; esto es, por existir en el sujeto heredero alguna prohibición determinada por la ley, ó porque no teniendo tal prohibición para heredar, se incapacitaba por un hecho personal que le hacía *indigno* de suceder. Las *incapacidades* propiamente tales se dividían á su vez en *absolutas* y *relativas*, según que prohibían en todo caso, ó solo en casos determinados, poder ser heredero.

Antes de ser establecida la tolerancia de cultos y reformas las leyes penales antiguas, tenían incapacidad *absoluta* para heredar, según las Leyes de Partida, los apóstatas y herejes condenados como tales por sentencia firme de Juez eclesiástico, los sacrilegos, los condenados á la pena de muerte y varios otros; mas con las reformas indicadas, dichas incapacidades quedaron reducidas á las de las Corporaciones y Asociaciones ilícitas, y las criaturas abortivas. Estas incapacidades debieron su reconocimiento en el Derecho histórico positivo á las mismas razones que actualmente las explican, y que por quedar ya expuestas anteriormente no las repetimos en este lugar.

Entre las incapacidades *relativas* señalábanse en el Derecho antiguo las siguientes: 1^a La de *los hijos naturales* en la herencia de ambos padres, si éstos tenían descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, pues existiendo descendientes de esta clase, solo podían recibir los hijos naturales el quinto de libre disposición: 2^a La de *los hijos espúreos*, que tenían la misma consideración que los naturales en la herencia de la madre para heredarla abintestato, cuyo orden de suceder explicaremos en su correspondiente lugar; y en la herencia del padre, no habiéndolos éste reconocido, solo podían recibir la parte de libre disposición, como podían recibirla los extraños: 3^a La de *los hi-*

jos sacrilegos, los cuales no podían percibir nada en la herencia del padre, cuando éste tenía parientes de cualquiera clase que fueran. Esta incapacidad procedía de una ley que en las Cortes de Soria dictó D. Juan I el año de 1380, cuya ley fué reproducida en las Ordenanzas de Montalvo, Nueva y Novísima Recopilación, siendo también confirmada por la IX de Toro. Pero como la ley de las Cortes de Soria no había nombrado para nada á la madre, surgieron dudas acerca de si también sería aplicable á la herencia de ésta la incapacidad á que nos venimos refiriendo, y la opinión más admitida fué siempre la negativa, *salvo si fueren los hijos de monjas profesas*, por ser éstos los únicos á quienes la Ley IX de Toro hizo extensiva la incapacidad declarada por la dada en las Cortes de Soria para *los hijos de los clérigos habidos en sus barraganas*: 4^a La de *los hijos de dañado y punible ayuntamiento*, los cuales quedaron excluidos expresamente de la herencia materna por la Ley IX de Toro; debiendo advertir que se estimaban comprendidos bajo esta denominación, según la opinión más admitida por los tratadistas, á los hijos *adulterinos* y á los *incestuosos*, por ser los únicos entre todos los ilegítimos de los cuales no se hablaba expresamente por las leyes: 5^a La última incapacidad relativa que estudiaba el Derecho histórico, era *la del confesor en la última enfermedad* del causante de la herencia, sus parientes, Iglesia, convento ó monasterio; incapacidad que fué confirmada por D. Carlos III en 1771, pasando después á la Novísima Recopilación, y que establecida en un principio solo para las mandas, se hizo después extensiva para las *herencias en general*, á cuyo fin se dictaron las Reales Cédulas de 13 de Febrero de 1787 y 30 de Mayo de 1830: y como los preceptos legales que comenzaron prescribiendo esta incapacidad se burlaron en algunos casos en la práctica, se estableció, para evitarlo, que cuando una persona instituíra por heredera á su alma, ó á la de algún pariente ó amigo, no pudieran ser los confesores los encargados de dar cumplimiento á tal disposición testamentaria, así como tampoco sus parientes, conventos ó religiones; debiendo pasar la herencia en este caso á los que fueran herederos abintestato.

Las causas de *indignidad* para heredar que admitía el Derecho histórico son las siguientes: 1^a *La del heredero que causó la muerte violenta del testador, ó fué cómplice en dicho delito*; pues quien así obraba es evidente que carecía de méritos para disfrutar en parte alguna los bienes y derechos del causante de la herencia, bien que para que la falta mencionada fuera suficiente á declarar á una persona incapaz por indignidad para suceder á otra, era preciso que se hubiera dictado ejecutoria condenando al acusado por tal delito, porque las presunciones no eran suficientes para privar de la herencia al acusado, por vehementes que fueran los indicios de su culpabilidad: 2^a *La del heredero mayor de edad, que conociendo la muerte violenta del testador, no formulaba acusación contra el culpable, sabiendo quién era éste, antes de entrar en posesión de la herencia*; prohibición que establecida por las Leyes de Partida, fué interpretada en la práctica en el sentido de que el heredero estaba obligado á *denunciar* el hecho criminoso cuando lo conocía, y no á *acusar* cuando carecía de pruebas; con excepción en todo caso, si el culpable fuese descendiente, ascendiente, cónyuge ó pariente colateral hasta el cuarto grado, del llamado á la herencia; porque contra los parientes mencionados las leyes dispensaban de la obligación de acusar: 3^a *La del heredero á quien se probare haber tenido trato ilícito con su madrastra*; pero esta circunstancia había de constar probada mediante ejecutoria: 4^a *La del que entabló acción contra la validez del testamento*, salvo si fuese probado que obró en cumplimiento de deber emanado de algún cargo personal. La razón que justificaba esta incapacidad por *indignidad*, no era otra que la del contrasentido que envolvía el hecho de que quien atacó la validez del testamento se aprovechara de los efectos del mismo: 5^a *La del que se comprometió á entregar la herencia á una persona incapaz*; pues siempre ha querido la ley cuidar por todos los medios á su alcance puestos para que en ningún caso llegase á heredar quien por ella era declarado incapaz, y cuando se burlaban sus prescripciones cometiendo fraude, la ley castigaba la complicidad: 6^a *La del mayor de diez y ocho años que heredando á un demente no se cuidaba de que recobra-*

ra la razón; porque el hecho de tal apatía, hacía suponerle desprovisto de todo mérito para disfrutar en su día de los bienes pertenecientes á quien en tan desgraciada situación se encontraba: era una falta cometida contra un desvalido, tanto más punible cuanto mayor era la obligación de atenderle y cuidarle en su desgracia: 7^a *La del que con intimidación, fuerza ó engaño trataba de impedir que otro hiciera testamento, ó de que variase el ya otorgado*: 8^a *La del que siendo instituido heredero y nombrado tutor al mismo tiempo, no aceptaba el desempeño de este cargo*; porque se presumía que el así instituido lo era con la obligación de que desempeñara la tutela, y faltando á la condición la institución no tenía efecto.

Acción para pedir la declaración de incapacidad para heredar: quiénes pueden ejercitarla, contra quiénes y efectos que produce.— Ante todo hemos de advertir, que por más que la ley habla solo de acción para pedir la declaración de incapacidad, y nada dice para los casos de indignidad, creemos que se refiere á todas las causas que producen inhabilitación para suceder, y para ello nos fundamos en las razones siguientes: 1^a Porque tanto á unas como á otras circunstancias de las que inhabilitan para heredar, llama la Ley positiva *incapacidades*, al estudiar los hechos en que consisten, y solo por distinguirlas accidentalmente de algún modo, al explicar las causas distintas en que unas y otras se fundan, llama á las segundas *incapacidades por causa de indignidad*: 2^a Porque unas y otras tienen de común el consistir en hechos positivos que arguyen falta de condiciones en el sujeto pasivo de la herencia, para el disfrute y manejo de los bienes y derechos del que causa tal herencia; ya sean estos hechos producidos con ó sin la voluntad del incapaz: 3^a Porque la Ley positiva estudia este punto al concluir de examinar todas las causas de *incapacidad* propiamente dicha é *indignidad*, con lo cual parece, y es lógico y racional suponerlo así, que las disposiciones que después dicta son aplicables á unas y otras: 4^a Porque tanto los declarados por la ley *incapaces* como los *indignos*, pueden haber entrado en posesión de la herencia, y para desposeerles de ella es indudable que ha de concederse *acción* en uno y otro caso al que se crea

perjudicado, para que, vencido en juicio el incapaz ó indigno, entregue la herencia á quien en rigor de derecho corresponda: y esto es tanto más cierto, cuanto que, como es sabido, ni las causas de *incapacidad* ni las de *indignidad* pueden ser declaradas por simples presunciones, sino que los hechos en que consistan han de ser taxativamente los por la ley marcados, y se han de probar en forma judicial.

Las personas que pueden ejercitar la *acción* de incapacidad no son otras que las llamadas á la sucesión en aquellos mismos bienes, en defecto de la persona que sea incapaz ó indigna; debiendo entenderse que por renuncia de los primeramente llamados corresponderá á los que les siguen en el orden marcado por la ley para la sucesión abintestato. Para ejercitarla concede la ley un plazo de cinco años, pasados los cuales no prosperaría aunque el que entre en posesión de la herencia y la conserve durante ese término sea manifiestamente incapaz: y esto es así dicho por la Ley positiva, porque no podía esta dejar, ni es conveniente que quede, por razones varias, por un término indefinido una herencia con ese carácter de inseguridad que le daría el improrrogable plazo, porque con ello se perjudicarían las transacciones y el crédito territorial.

La acción de incapacidad puede ejercitarse, según antes indicamos, contra los que teniendo en sí alguna causa de incapacidad propiamente dicha ó indignidad, hayan entrado en posesión de la herencia. Pero debe notarse en este punto, que si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo ó descendiente del testador, y tuviere hijos ó descendientes, adquirirán éstos su derecho á la legítima; porque, como en su día explicaremos, ni por desheredación de los padres por los abuelos pierden los hijos sus derechos á la legítima, con respecto á la cual son considerados como herederos forzosos del abuelo, ocupando el lugar del padre, en representación de éste; y lo único que ocurre en este caso, lo mismo que en el de desheredación á que aludimos es, que el padre incapaz, excluido por ello de la herencia, no tiene el

usufructo y administración de los bienes heredados por los hijos en virtud de la incapacidad del padre.

El primero y principal efecto que la declaración de incapacidad produce, es el de la restitución por el incapaz de los bienes hereditarios cuya posesión hubiere tenido no obstante su incapacidad, con sus acciones y con todos los frutos y rentas que hayan percibido. No hace distinción alguna la ley en este caso, y esto nos autoriza á creer que en este punto ha rectificado la doctrina de nuestro antiguo Derecho, que más justo que el actual, distinguía el caso en que el poseedor de la herencia hubiera entrado en ella con buena ó mala fé, declarando distintas responsabilidades, según los casos: distinción inspirada en la más sana equidad, porque puede muy bien suceder que en más de una ocasión el que entra en posesión de una herencia desconozca la circunstancia que le hace incapaz; esto es, que posea de buena fé, y en este caso creemos que la ley debía distinguir lo que nunca debe confundirse.

Estudio de otras cuestiones legales referentes al sujeto pasivo de la sucesión hereditaria.—Después de habernos ocupado de estudiar lo que dice relación al sujeto individual y determinado que puede ser nombrado heredero, y que tiene capacidad para serlo, cúmplenos examinar ahora los casos en que el testador designa por heredera á su alma ó á individuos que no nombra, sino que los determina por *colectividades ó clases*, como sucede, v. gr., cuando instituye á los pobres ó parientes en general; cuyo estudio completamos el de las cuestiones todas referentes á la capacidad para suceder por testamento y sin él. Y adviértase, que no vamos á explicar aquí si tales entidades tienen ó no capacidad para heredar; porque la afirmativa no puede ponerse en duda después de los términos en que están redactados los artículos 747 y 749 del Código Civil: nos limitaremos á examinar la manera como se entiende que se hacen tales nombramientos, y la forma en que la herencia debe distribuirse; cuestiones que si bajo cierto punto de vista puede creerse que el lugar propio de su estudio debería ser otro, nosotros las examinamos en este momento por no alterar el orden establecido por el legislador.

La fórmula de instituir por heredera ó legataria al alma del testador, fué originada por la costumbre, en tiempos posteriores á la publicación del Ordenamiento de Alcalá, y como consecuencia de la declaración que en dicho cuerpo legal se hizo, de no ser necesaria la institución de heredero para la validez del testamento; fórmula de que en mucho tiempo no se ocuparon las leyes escritas, y cuando lo hicieron no fué, seguramente, para derogarla, sino para reglamentarla y evitar algunos abusos á que se presumía podía dar lugar, por lo cual se prohibió por Real cédula de 30 de Mayo de 1830, que cuando los testadores dejaren por herederas á sus almas, las de sus parientes, de otros cualesquiera, ó por vía de mandas ó legados señalaren algún sufragio, ó de cualquiera modo mandasen hacerlo, se encargaran estos á los confesores en la última enfermedad, ni á sus parientes; y si fuesen religiosos, ni á sus religiones ni conventos, debiendo heredar lo que se dejase contra lo preceptuado, los parientes que hubieran de heredar abintestato, y en su defecto debería destinarse todo á obras pías que señalarían las justicias.

Como se ve, la disposición citada no prohibió que pudiera el testador instituir por heredera ó legataria á su alma, según algunos tratadistas afirman, pues contra tan gratuitas afirmaciones puede alegarse el resultado de la recta interpretación del precepto referido y la Jurisprudencia dictada sobre el particular por el Tribunal Supremo, especialmente las sentencias de 15 de Marzo y 18 de Junio de 1864 y 24 de Diciembre de 1866.

Llegados los tiempos modernos han desaparecido las dudas y cuestiones que acerca del punto indicado pudieran suscitarse, por la declaración precisa y clara que el nuevo Código Civil hace en su art. 747 al decir: «Si el testador dispusiere del todo ó parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al Diocesano para que lo destine á los indicados sufragios y á las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto, para los de la provincia.»

El preinserto artículo, al propio tiempo que sanciona la facultad para instituir por heredera al alma del testador, establece una regla de interpretación de la voluntad de éste, acerca de cómo y en qué forma ha de darse aplicación á los bienes dejados por el testador para tal efecto, cuando clara y expresamente nada resuelva él sobre ello; y lo mismo hace el art. 749 al hablar de las disposiciones hechas á favor de los pobres en general, y cuyo objeto no es otro que evitar dudas acerca de qué pobres son los instituidos por una cláusula general y poco precisa. A este fin dispone el mencionado art. 749 del Código Civil, que: «Las disposiciones hechas á favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, se entenderán limitadas á los del domicilio del testador en la época de su muerte, si no constare claramente haber sido otra su voluntad.

La calificación de los pobres y la distribución de los bienes se harán por la persona que haya designado el testador, en su defecto por los albaceas, y, si no los hubiere, por el Párroco, el Alcalde y el Juez municipal, los cuales resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran.

Esto mismo se hará cuando el testador haya dispuesto de sus bienes en favor de los pobres de una parroquia ó pueblo determinado.»

Por último, dícese en el art. 751 del Código, que la disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador, se entiende hecha en favor de los más próximos en grado.

Esta declaración legal niega de una manera explícita el derecho de representación en el caso que estudia, pues no otra cosa significa la exclusión que los más próximos parientes hacen de los remotos. Sin embargo, hay quien opina que esta cuestión no es tan clara como á nosotros nos parece, creyendo en contrario que los parientes deben heredar en la misma forma y por el orden que entrarían en la sucesión abintestato. Pero nosotros creemos, que si la mente del legislador hubiera sido como creen los aludidos tratadistas, habría dicho que se entenderán llamados los herederos legítimos, ó hubiera cumplido con remitirse á lo que preceptúa para la sucesión abintestato: es así que para nada alude

á esta, sino que por el contrario dicta una disposición especial y concreta para el caso que estudiamos; luego es porque quiere que el llamamiento genérico de los parientes se rija por precepto distinto del dictado para la sucesión legítima. Y si así debe entenderse, no hay duda de que dá preferencia á la proximidad de grado en el parentesco, según bien claramente expresa el artículo á que nos venimos refiriendo.

En lo que únicamente puede ofrecer duda la disposición legal de referencia es en la clase de parentesco á que alude, si á los consanguíneos ó á los afines; y entre los primeros, si solo á los legítimos ó también á los naturales.

Por más que es cierto que la ley no distingue en este punto, y por ello tampoco debemos distinguir nosotros; como de aceptar que la clase de parentesco no dá preferencia alguna y que solo la concede el grado, llegaríamos á consecuencias absurdas, como sería, v. gr., que los cuñados percibieran la misma parte en la herencia que los hermanos, hay que concluir que se entenderán llamados los parientes por consanguinidad, y que la preferencia del grado es solo entre éstos, con exclusión de los afines.

Legislación foral acerca de la capacidad para suceder por testamento y sin él

Cataluña.—Por estar admitido en Cataluña el Derecho romano como supletorio, las causas de incapacidad para la sucesión hereditaria son muy semejantes á las que también rigieron en nuestro antiguo Código de las Partidas: la fuente de que procedían unas y otras era la misma.

También, como en Castilla, se distinguen las causas que inhabilitan para heredar, en *incapacidades* propiamente dichas é *indignidades*; y las primeras pueden ser absolutas y relativas.

Entre las incapacidades absolutas están comprendidas: la de las corporaciones y asociaciones ilícitas, la de los condenados con las penas de deportación y destierro, y la de los sentenciados y penados por delito de hecho infamatorio.

Como incapacidades relativas señala el derecho catalán las siguientes: la de la persona con quien el testador contrajo matrimonio incestuoso, y la de los hijos habidos en él; como así mismo la de aquella otra persona con quien el testador cometió adulterio y la de los hijos en él concebidos: la del confesor en la última enfermedad del testador, en la misma forma y condiciones en que también es incapaz para suceder según los principios del Derecho civil de Castilla: la de los hijos naturales, quienes en la herencia del padre no pueden recibir más de la duodécima parte de esta en concurrencia con hijos legítimos: y el que hubiese escrito el testamento, á no ser que el testador, bajo su firma, hiciera constar que él dictó su testamento y mandó escribirlo á tal sujeto.

Como causas de indignidad se señalan las siguientes: el ocasionar voluntariamente la muerte del causante de la herencia; el denunciarle como autor de un delito; el no perseguir judicialmente al que hubiese causado la muerte violenta del sujeto cuya es la herencia, siempre que el heredero sea mayor de edad; no prestar los cuidados debidos al causante de la herencia cuando se halla en estado de demencia, ó no procurar su rescate cuando estuviere en cautiverio, pasando la herencia en el primer caso al que lo recoge y cuida, y en el segundo á la iglesia donde el difunto tuvo su último domicilio; el acusar el sustituto pupilar de suposición de parto á la madre del pupilo; el impedir que el causante de la herencia haga testamento; el impugnar el testamento como falso ó inoficioso, ó sustraer bienes de la herencia con el fin de eludir el pago de legados ó dejar de satisfacerlos dentro del año de recibir para ello aviso del Juez; el no aceptar la tutela conferida por voluntad del testador, ó casarse con la pupila contraviniendo á lo preceptuado por las leyes; y, por último, el pactar sobre la herencia en vida del causante de esta, ó hacerse cargo como fiduciario de entregarla á una persona incapaz.

Aragón.—La circunstancia de no ser derecho supletorio para Aragón en el punto que estudiamos el Derecho romano, y haberse regido más bien por las leyes de Castilla, hace que sean muy pocas las diferencias que separan á una y otra legislación en cuan-

to á la capacidad para suceder por testamento y sin él. Se tienen solo por incapaces para suceder en Aragón, según sus Fueros: á los hijos incestuosos, á los adúlteros, á los sacrílegos y á los naturales cuando concurren con sucesores legítimos. En lo demás rigen las doctrinas que dejamos explicadas, según el Derecho de Castilla.

Navarra.—No obstante regir en Navarra los principios del Derecho romano referentes á la testamentifacción pasiva, y ser por eso necesaria la institución de heredero, como en otro lugar tendremos ocasión de explicar, en materia de incapacidades para suceder por testamento y sin él están vigentes las doctrinas del Derecho común ó de Castilla anterior al Código, y como punto que en su lugar y dentro de este mismo Capítulo queda explicado, nada decimos aquí sobre él.

Vizcaya.—Como el señorío de Vizcaya no tiene especialidad alguna en cuanto á la institución de heredero, rígesese por las doctrinas del Derecho castellano en todo lo que afecta á dicha cuestión y sus complementarias, como son las referentes á la capacidad para heredar.

DOCTRINA LEGAL

Art. 744 Podrán suceder por testamento ó abintestato los que no estén incapacitados por la ley.

Art. 745 Son incapaces de suceder:

1° Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reunan las circunstancias expresadas en el art. 30.

2° Las asociaciones ó corporaciones no permitidas por la ley.

Art. 746 Las iglesias y los cabildos eclesiásticos, las Diputaciones provinciales y las provincias, los Ayuntamientos y Municipios, los establecimientos de hospitalidad, beneficencia é instrucción pública, las asociaciones autorizadas ó reconocidas por la ley y las demás personas jurídicas, pueden adquirir por testamento con sujeción á lo dispuesto en el art. 38.

Art. 747 Si el testador dispusiere del todo ó parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al Diocesano para que lo destine á los indicados sufragios y á las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto, para los de la provincia.

Art. 748 La institución hecha á favor de un es-

tablecimiento público bajo condición ó imponiéndole un gravamen, solo será válida si el Gobierno la aprueba.

Art. 749 Las disposiciones hechas á favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, se entenderán limitadas á los del domicilio del testador en la época de su muerte, si no constare claramente haber sido otra su voluntad.

La calificación de los pobres y la distribución de los bienes se harán por la persona que haya designado el testador, en su defecto por los albaceas, y, si no los hubiere, por el Párroco, el Alcalde y el Juez municipal, los cuales resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran.

Esto mismo se hará cuando el testador haya dispuesto de sus bienes en favor de los pobres de una parroquia ó pueblo determinado.

Art. 750 Toda disposición en favor de persona incierta será nula, á menos que por algún evento pueda resultar cierta.

Art. 751 La disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado.

Art. 752 No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, ó de su iglesia, cabildo, comunidad ó instituto.

Art. 753 Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria del pupilo á favor de su tutor hecha

antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de éste, aunque el testador muera después de su aprobación.

Serán, sin embargo, válidas las disposiciones que el pupilo hiciere en favor del tutor que sea su ascendiente, descendiente, hermano, hermana ó cónyuge.

Art. 754 El testador no podrá disponer del todo ó parte de su herencia en favor del Notario que autorice su testamento, ó de la esposa, parientes ó afines del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción establecida en el art. 682.

Esta prohibición será aplicable á los testigos del testamento abierto, otorgado con ó sin Notario.

Las disposiciones de este artículo son también aplicables á los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales.

Art. 755 Será nula la disposición testamentaria á favor de un incapaz, aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso ó se haga á nombre de persona interpuesta.

Art. 756 Son incapaces de suceder por causa de indignidad:

1º Los padres que abandonaren á sus hijos y prostituyeren á sus hijas ó atentaren á su pudor.

2º El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes ó ascendientes.

Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho á la legítima.

3º El que hubiese acusado al testador de delito

al que la ley señale pena aflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa.

4° El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes á la justicia, cuando esta no hubiera procedido ya de oficio.

Cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, no hay la obligación de acusar.

5° El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador.

6° El que, con amenaza, fraude ó violencia, obligare al testador á hacer testamento ó á cambiarlo.

7° El que por iguales medios impidiere á otro hacer testamento, ó revocar el que tuviese hecho, ó suplantare, ocultare ó alterar otro posterior.

Art. 757 Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, ó si, habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público.

Art. 758 Para calificar la capacidad del heredero ó legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate.

En los casos 2°, 3° y 5° del art. 756 se esperará á que se dicte la sentencia firme, y en el número 4°, á que transcurra el mes señalado para la denuncia.

Si la intitución ó legado fuere condicional, se atenderá además al tiempo en que se cumpla la condición.

Art. 759 El heredero ó legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva

al testador, no transmite derecho alguno á sus herederos.

Art. 760 El incapaz de suceder, que, contra la prohibición de los anteriores artículos, hubiese entrado en la posesión de los bienes hereditarios, estará obligado á restituirlos con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido.

Art. 761 Si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo ó descendiente del testador, y tuviere hijos ó descendientes, adquirirán éstos su derecho á la legítima.

El excluido no tendrá el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos.

Art. 762 No puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia ó legado.

APLICACION PRACTICA

Según precepto del art. 753 del Código Civil, no son válidas las disposiciones testamentarias que el pupilo hace en favor de su tutor antes de aprobarse la cuenta definitiva de éste; pero tal disposición no es jamás aplicable al caso en que el testador no haya sido pupilo de la persona á quien instituya por heredero, como sucede al que sin estar llamado á la tutela testamentaria, legítima ó dativa, y sin ingerirse en ella abusivamente, presta servicios á un menor, ya en el cuidado de su persona, ya en la administración de sus bienes, porque la prestación de tales servicios no lleva consigo la autoridad propia del cargo de tutor. (Sent. de 3 de Diciembre de 1896).



APLICACION PRACTICA

El presente trabajo tiene por objeto dar a conocer al lector las aplicaciones prácticas de los conocimientos adquiridos en el curso de la asignatura de Física, en particular en el estudio de la electricidad y el magnetismo. Para ello se han seleccionado una serie de experimentos que se han realizado en el laboratorio de Física, y se describen detalladamente, indicando el material necesario, el montaje experimental, el procedimiento a seguir y los resultados obtenidos. Los experimentos se han dividido en dos grupos: uno de electricidad y otro de magnetismo. En el primer grupo se han incluido los experimentos de la Ley de Ohm, la Ley de Kirchhoff, la Ley de Coulomb, la Ley de Gauss, la Ley de Ampere y la Ley de Biot-Savart. En el segundo grupo se han incluido los experimentos de la Ley de Faraday, la Ley de Lenz y la Ley de Inducción Mutua. Los resultados obtenidos se han comparado con los resultados teóricos, y se ha observado que concuerdan muy bien, lo que demuestra la validez de las leyes físicas estudiadas.

En el presente trabajo se han descrito los experimentos realizados en el laboratorio de Física, y se han obtenido los resultados correspondientes. Los resultados obtenidos se han comparado con los resultados teóricos, y se ha observado que concuerdan muy bien, lo que demuestra la validez de las leyes físicas estudiadas.



En el presente trabajo se han descrito los experimentos realizados en el laboratorio de Física, y se han obtenido los resultados correspondientes. Los resultados obtenidos se han comparado con los resultados teóricos, y se ha observado que concuerdan muy bien, lo que demuestra la validez de las leyes físicas estudiadas.

CAPITULO XVI

De la institución de heredero



ESPUES de haber examinado en el Capítulo anterior quiénes tienen capacidad para adquirir por herencia, con lo cual comenzamos el estudio de la llamada testamentifacción pasiva, vamos á explicar en este, cómo la persona capaz para heredar es designada para tal efecto por el testador, examinando también de paso la significación que en el curso de nuestra historia legal ha tenido el nombramiento de heredero.

Concepto de la institución de heredero.—No es la institución de heredero, en términos generales explicada, otra cosa que la designación de la persona que al testador ha de suceder en sus derechos y obligaciones, que tengan el carácter de transmisibles. Es, por decirlo así, la determinación del sujeto pasivo de la sucesión hereditaria.

Precedentes históricos de la institución de heredero.—Cabeza, fundamento y solemnidad interna del testamento era la institución de heredero en el Derecho romano; y su origen positivo, dice un moderno escritor, aparece por vez primera en los testamentos otorgados *in comitiis calatis*, que no eran otra cosa que verdaderas leyes aprobadas por el pueblo á propuesta del testa-

dor, y que generalmente se reducían á la designación del sucesor para la personalidad de aquél.

Las leyes de Roma exigieron como solemnidad del testamento, de la cual no podía prescindirse, la institución de heredero, pues de otro modo el testamento no era válido: y era así requerido, porque no había otro medio de dar sanción á la necesidad de la continuidad y subsistencia de la personalidad jurídica del testador, pues se estimaba como degradante y deshonoroso el hecho de morir sin sucesor que continuase representando la personalidad jurídica del difunto, en la significación varia que éste tenía en el seno de la familia en Roma. Pero no solo era necesaria la designación de heredero en testamento, sino que el sucesor nombrado había de serlo para la totalidad del patrimonio, por ser incompatibles la sucesión testada y la intestada, y una vez adquirido el carácter de heredero no podía dejar de serlo, por ser así la exigencia del carácter de perpetuidad que la herencia tenía. Lo único que sufrió modificación con el tiempo, fué la ritualidad referente al punto ó momento del testamento en que había de hacerse el nombramiento de heredero; porque si en un principio se exigió que se hiciera precisamente á la cabeza del testamento, después se admitió que se consignara en cualquier lugar del mismo.

Nuestro Código del Fuero Juzgo admitió también la institución de heredero al hablar de los que tenían el carácter de forzosos; pero lo hizo informándose en principios muy diferentes á los en que se inspiraron las leyes de Roma, no pudiendo ya afirmarse que por la Ley de los Visigodos tuviera la institución de heredero la consideración de cabeza, fundamento ni solemnidad interna del testamento.

Para las Leyes de Partida estaba reservado el hecho de la reproducción de las doctrinas romanas en lo concerniente á la institución de heredero, las cuales declararon ser fundamento y raíz de todos los testamentos el establecer herederos en ellos; doctrina que por la autoridad de que gozó el Código de D. Alfonso, se siguió por mucho tiempo en la práctica, siendo preciso que andando el tiempo llegara á publicarse la Ley del Ordena-

miento de Alcalá, única del título 19, la cual, olvidando los precedentes del Derecho romano y Leyes de Partida, proclamó el principio de que la institución de heredero no era necesaria para la validez del testamento, al propio tiempo que hizo otras declaraciones no menos importantes en materia de testamentifacción pasiva, de cuyos particulares nos ocuparemos cuando estudiemos los preceptos correspondientes en nuestro Derecho positivo.

¿Es hoy necesaria la institución de heredero para que el testamento sea válido?—El nuevo Código Civil, inspirado en los principios sustentados por lo que pudiéramos llamar nuestro genuino Derecho civil, en cuanto á la importancia de la institución de heredero, ha dado sanción á las doctrinas antes admitidas por la Ley del Ordenamiento de Alcalá, concediendo al testador que no tenga herederos forzosos la más absoluta libertad para disponer de sus bienes todos, ó de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos; y declarando del modo más terminante que el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, ó esta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia ó sea incapaz de heredar; pues en todos estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo á las leyes, y el remanente de los bienes pasará á los herederos legítimos (1). Es decir, que la nueva Ley civil, al recoger las doctrinas del Ordenamiento, no solo ha derogado el más antiguo principio de la necesidad de la institución de heredero para que el testamento valga, sino que también ha condenado otros preceptos de la misma época, como es el de la incompatibilidad en una misma herencia entre la sucesión testada y la intestada, pues hoy son admitidas como compatibles en concurrencia, no teniendo ya por tanto valor alguno el antiguo principio de *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potes*, por no ser hoy carácter de la herencia *la universalidad*, como lo fué en otro tiempo.

Pero si no necesaria hoy la institución de heredero, es, como dice un notable civilista, útil para testador y heredero: para el

(1) Artículos 763 y 764 del Código Civil.

primero, porque no cabe duda que es grato para un hombre de fortuna distribuirla entre deudos y amigos, y para el segundo, porque en su provecho se ha establecido este medio de adquirir, el más benéfico y amplio de todos.

Modo de hacerse la designación de heredero.—Según queda dicho, el testador puede instituir ó no heredero, sin que la falta de éste arguya nulidad del testamento; pero cuando lo designe lo hará por su nombre y apellido; si hay dos que los tengan iguales, deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituido, y si entre personas del mismo nombre y apellido hay igualdad de circunstancias y estas son tales que no permiten distinguir al instituido, ninguno será heredero (1). Quiere con esto el legislador que la institución se haga en términos claros y precisos, sin que quepa duda racional respecto á la persona del instituido, para de este modo adquirir el convencimiento de que se dá cumplimiento exacto á la voluntad del testador, al entregar los bienes y derechos de éste á la persona que quiso le representara en ellos; y prueba de que el fin á que tiende el precepto legal es este, que no exige la ley que en todo caso se haga la designación de heredero por su nombre y apellido propios, sino que por la misma se admite, que la institución será válida aunque el testador haya omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse quién sea el instituido; no siendo tampoco suficiente el error en el nombre, apellido ó cualidades del heredero á viciar la institución, si de otra manera puede saberse ciertamente cual sea la persona nombrada (2).

Pero si se reconoce que los autores del moderno Código Civil han tenido el buen deseo de que la designación de heredero se haga en condiciones que no dejen lugar á duda de cuál sea la voluntad del testador para darle cumplimiento en cuanto al nombramiento de sucesor, no puede negarse tampoco que han estado poco afortunados, al determinar cuáles son esas condiciones que por modo más cierto pueden servir para designar la persona

(1) Párrafo 1º del art. 772 y párrafo 2º del 773 del Código Civil.

(2) Párrafo 2º del art. 772 y 1º del 773 del Código Civil.

heredera; pues comienzan por prescindir de la fijación del segundo apellido del instituido, cuando en realidad puede ser, y de hecho es en la mayoría de los casos, la nota de mayor diferenciación; porque si es frecuente el caso de que dos personas tengan el nombre y un apellido iguales, es en cambio poco común que coincidan en el apellido paterno y materno, y por ello, si los legisladores del nuevo Código hubieran comenzado por exigir que el testador designara al heredero por el nombre y los dos apellidos, y hubieran concluido por admitir como nota distintiva el señalamiento de alguna circunstancia peculiar del instituido, cuando el nombre y apellidos de éste coincidieran con los de otro individuo, habrían dado grandes facilidades para resolver las graves dudas que en cuestiones de este orden pueden presentarse en la práctica; si bien estas dudas, fáciles tratándose de herederos voluntarios, es difícil que se presenten en el caso de ser el instituido heredero forzoso, porque entonces la relación en que está con el testador suministra grandes elementos para conocer quién en verdad es la persona á que el testador quiso referirse para designarla por sucesor en aquellos de sus bienes de que libremente podía disponer.

En todo caso, la designación de heredero es función propia y personalísima del testador, pues solo éste puede hacerla, sin intervención de comisario, mandatario ó tercera persona; así como tampoco puede dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de heredero, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente.

La designación de heredero puede hacerse con ó sin expresión de causa. La expresión de una causa falsa de la institución de heredero será considerada como no escrita, á no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución si hubiese conocido la falsedad de la causa. Si la causa es contraria á Derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita.

Por último, cuando sean varios los herederos instituidos puede suceder que el testador nombre á unos individualmente y á otros colectivamente, en cuyo caso se dice por la ley, que los

colectivamente nombrados se considerarán como si lo fueran individualmente, á no ser que conste de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador; y como el caso de llamamientos individuales á una herencia no presenta duda alguna en su aplicación, porque es sobradamente sencillo que cada uno de los designados percibe una parte igual (1) en la herencia, lo único que hay que explicar es, el caso en que siendo varios los herederos instituidos, unos y otros hayan sido nombrados colectivamente.

Dos son las opiniones de los tratadistas en el caso propuesto: unos entienden que la herencia debe dividirse en tantas porciones cuantas sean las personas llamadas en la institución; v. gr., si se designaran por herederos á los hijos de Antonio y á los sobrinos de Juan, y éstos fueran tres y aquellos cuatro, deberá hacerse la herencia siete partes iguales; y otros entienden, por el contrario, que en el ejemplo propuesto, la herencia debe dividirse en dos partes iguales, que se adjudicarán, una á los hijos de Antonio y otra á los sobrinos de Juan, subdividiéndose después entre los de cada grupo por iguales partes; y se fundan para llegar á esta conclusión, en que al designarlos el testador en grupos separados debe entenderse que no los quiso confundir.

A juicio nuestro, no habiendo disposición legal aplicable para resolver la cuestión propuesta, habrá que resolverla por *analogía* con el caso anteriormente explicado, de ser unos herederos llamados individualmente y otros colectivamente, y en tal supuesto hay que reconocer que la división de la herencia deberá hacerse por iguales partes entre todos los designados por el testador como herederos; excepción hecha, claro está, del caso en que evidentemente conste que ha sido otra la voluntad del testador.

Con este mismo criterio creemos que debe resolverse el caso en que el testador llame á la sucesión á una persona y á sus

(1) Decimos en absoluto que cada uno de los herederos percibe una parte igual en la herencia, refiriéndonos al caso en que el testador nada expone en contrario, y excluyendo al instituido en cosa cierta y determinada, por ser considerado como legatario.

hijos; porque al expresar el art. 771 del Código Civil, que en dicho supuesto se entenderán todos instituidos *simultánea* y no *sucesivamente*, con claridad se indica que este caso se reduce á aquel otro de haber herederos *individualmente* nombrados, en concurrencia con otros que lo hayan sido *colectivamente*.

Formas en que puede hacerse la institución de heredero ó legatario.—Como hoy no están limitadas las facultades del testador en cuanto á la disponibilidad de sus bienes por testamento nada más que por el respeto á las legítimas, tiene completa libertad para llamar al disfrute del resto de su fortuna á quien tenga por conveniente y en la forma que le plazca: así, pues, puede hacerlo puramente ó bajo condición, y también para efectos temporales, ó sea, desde cierto tiempo ó hasta cierto tiempo; siendo muy distintos los efectos de una y otra institución, porque mientras en la llamada pura se producen todos los que como propios de la sucesión hereditaria explicamos, una vez muerto el testador, en la institución condicional quedan pendientes de la realización de un hecho futuro é incierto, que es lo que forma la esencia de toda condición, y las de *desde ó hasta cierto día*, no nacen sino cuando el término es llegado, ó cesan cuando el plazo es cumplido, respectivamente. Y decimos que en este particular no tiene el testador otra limitación que el respeto á las legítimas, porque la parte de bienes que estas comprenden, distinta en cantidad según los casos, como más adelante veremos, se deben desde el momento que el causante de la herencia perece, y no pueden someterse á duración de tiempo ni condición alguna.

Lo dicho en cuanto á las formas que puede revestir la institución de heredero, es igualmente aplicable á los legatarios, siendo todavía más amplia la libertad del testador en este punto, por la sencilla razón de que los legados salen de la parte de libre disposición.

A) **Institución pura.**—La forma más sencilla, usual y corriente de hacer la institución de heredero ó legatario es la llamada pura, que como su mismo nombre expresa é indicado queda, es aquella en que directa é inmediatamente transmite el testador el todo ó parte de sus bienes al instituido heredero, sin que su rea-

lización y efectos queden subordinados á cumplimiento de plazo ni á realización de acontecimiento alguno: muerto el testador, el heredero ó legatario adquieren perfecto derecho á la herencia ó legado, y pueden hacerlo efectivo desde luego; porque en este caso el día *cede y viene*, como decían los romanos, desde la muerte del testador: *dies cedit et venit á morte testatoris*. Se dice que el día *cede*, porque desde el fallecimiento del testador nace el derecho del heredero ó legatario; y que *viene*, porque desde tal instante tienen capacidad para ejercitarlo.

B) **Institución condicional: indicación de las varias clases de condición.**—La institución de heredero sin plazo era una consecuencia natural de la menor libertad que en materia de testamentifacción se tenía en un principio, en cuanto que, como sucedía en Roma, el heredero era el representante en un todo y para siempre de la personalidad del causante de la herencia, cuya representación nacía desde que ocurría el fallecimiento; pero decretada una mayor libertad en las cuestiones varias del Derecho sucesorio por nuestras leyes genuinamente patrias, y en especial por el Ordenamiento de Alcalá, se admitió, y ha sido desde entonces de frecuente uso, la institución condicional de heredero, así como también el señalamiento de términos para no ser heredero sino *desde cierto día ó hasta cierto tiempo*. Esta misma doctrina ha sido sancionada por la legalidad vigente, al decir el Código Civil en el art. 790, que las disposiciones testamentarias, tanto á título universal como particular, podrán hacerse bajo condición; añadiendo en el 805, que será válida la designación de día ó de término en que haya de comenzar ó cesar el efecto de la institución de heredero ó del legado, siendo llamado á la herencia el sucesor legítimo, hasta que llegue ó concluya el término señalado; no sin que tal sucesor entre en posesión de la herencia dejada á otro *desde cierto día*, sino después de prestar sanción suficiente, con intervención del instituido, para responder del reintegro de la herencia á éste, una vez que llegue el día señalado.

La condición, lo mismo en los testamentos que en la contratación, no es otra cosa, jurídicamente hablando, que el acontecimiento futuro é incierto de cuya realización depende unas ve-

ces la existencia de un derecho y otras la extinción del mismo.

Los tratadistas clasifican las condiciones en expresas ó tácitas, posibles ó imposibles; y todas estas en afirmativas ó negativas, conjuntivas ó disyuntivas, y suspensivas ó resolutorias. Pero el Código Civil solo hace referencia á las posibles é imposibles; potestativas, casuales ó mixtas; suspensivas y resolutorias; positivas y negativas.

Llámanse condiciones *posibles*, aquellas en que la realización del hecho futuro é incierto que toda condición legal supone, no repugna á las leyes del orden físico, moral ni legal; é *imposibles*, por el contrario, las consistentes en un hecho que abiertamente se opone á los dictados de las mencionadas leyes.

Son condiciones *potestativas* aquellas cuyo cumplimiento ó realización depende única y exclusivamente de la voluntad del que es instituido heredero: *casuales* aquellas cuya realización depende del azar, independientemente de la voluntad del heredero; y *mixtas* las que su cumplimiento depende en parte de la voluntad del heredero y en parte del azar.

Condiciones *suspensivas* son aquellas de cuya realización depende la concreción del derecho hereditario; y *resolutorias* las que, como su mismo nombre indica, una vez cumplidas hacen que la relación jurídica se resuelva, que cesen sus efectos, desapareciendo el derecho que á la herencia tenía el que fué instituido heredero con tal clase de condición.

Por último, son condiciones *positivas* en la institución de heredero, las que implican obligación de que éste haga alguna cosa; y *negativas* las consistentes en omisiones, esto es, las que impiden que el heredero haga aquello que el testador prohíbe, perdiendo su derecho á la herencia en caso contrario.

Efectos que producen todas y cada una de las condiciones indicadas, en la institución de heredero ó legatario.—Las condiciones imposibles no pueden suspender los efectos de la institución, ni en rigor merecen el nombre de condiciones, porque no hay incertidumbre ni eventualidad en su realización, que es lo que constituye la esencia de toda condición, jurídicamente hablando; y como acertadamente observa el Sr. Morató, hallándose el le-

gislador constituido en la alternativa de declarar nula la institución, ó no escrita la condición, ha preferido lo segundo, reputando que la adición de tal condición es un defecto de redacción del testamento. Así dice el nuevo Código Civil en su art. 792, que las condiciones imposibles y las contrarias á las leyes ó á las buenas costumbres se tendrán por no puestas, y en nada perjudicarán al heredero, aun cuando el testador disponga otra cosa; doctrina en un todo conforme con sus precedentes.

En cambio las condiciones lícitas y posibles obligan á su cumplimiento por parte del heredero, y hasta tanto que no se cumplan no *viene* el día, como decían los romanos, en que el heredero pueda ejercitar su derecho.

Se pregunta por algunos que á qué tiempo ó momento habrá que atender para juzgar de la *imposibilidad* de la condición; habiendo quien dice, que cuando la condición es imposible se considera como no puesta con relación al tiempo en que se hizo el testamento; pero si se hace imposible después de otorgado este, y con anterioridad y posterioridad á la muerte del testador, entonces la cuestión versará sobre su cumplimiento ó falta de realización, y no sobre su imposibilidad. Si esta última ha surgido, siendo *casual*, después de la muerte del testador, se considera la condición como no cumplida, y se produce, por consiguiente, la caducidad de la disposición: si fuera *potestativa*, se considerará como cumplida, en el caso de que no sea imputable á la imposibilidad sobrevenida. El mismo criterio debe aplicarse si la condición casual ó potestativa ha llegado á ser imposible antes de la muerte del testador, á no ser que éste haya sido causa de la imposibilidad. Por el contrario, si la condición era imposible en la época en que se otorgó el testamento, y adquiere condiciones de posibilidad al morir el testador, debe considerarse como válida, debiendo observarse, para determinar si una condición es obligatoria ó debe considerarse como no escrita, la regla de referirla al estado de las cosas que existan, y á la legislación que rija en la fecha en que muera el autor del testamento.

A juicio nuestro, el tiempo á que hay que atender en todo caso para juzgar de la posibilidad ó imposibilidad del cumplimiento

to de la condición puesta en un testamento, es á aquel en que ocurra la defunción del testador, porque solo entonces es cuando nace el derecho á la herencia, y por ello cuando las condiciones han de cumplirse ó no: hasta dicho momento no hay para qué calificar de uno ú otro modo las condiciones impuestas al instituido heredero, porque ninguna relación mantiene hasta entonces con la herencia, que pueda producir efectos legales.

La Legislación histórica señalaba algunos casos concretos de condiciones imposibles, y entre ellas indicaban las Partidas el hecho de decir el testador al instituido heredero: «Fágote mi heredero si alcanzases el cielo con la mano; ó, establécote por mio heredero si non sacares á tu padre del captivo, ó si non le dieres que coma, etc».

La legalidad vigente no hace designación expresa de las que juzga condiciones imposibles; pero estudia algunos casos que sin darles este nombre les equipara en sus efectos: tal sucede, v. gr., con la condición absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio, que se tendrá por no puesta, á menos que lo haya sido al viudo ó viuda por su difunto consorte ó por los ascendientes ó descendientes de éste; pudiendo, sin embargo, legarse á cualquiera el usufructo, uso ó habitación, ó una pensión ó prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero ó viudo.

La primera parte de esta declaración legal es así formulada, porque se opone á la libertad que al hombre debe concederse para elegir estado; y la segunda es igualmente lógica y justa, pues no se opone al hecho de contraer matrimonio, y lo que hace únicamente es, poner como término á cuyo cumplimiento deben cesar los efectos del legado, la fecha en que el legatario contraiga matrimonio: se refiere solo á las sucesiones á título singular, y no hace otra cosa en este caso que instituir las bajo la condición de un plazo incierto.

Como el Código Civil no dice en su art. 793 que ahora examinamos, nada más que se tendrá por no puesta la condición absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio, se pregunta por algunos si será ó no eficaz la condición contraria; esto es, la de haber de contraer matrimonio el instituido heredero ó legatario.

Aunque en principio parece que existe la misma razón para declarar que también esta condición se tendrá por no puesta, pues como la anterior se opone á la libertad de elección de estado, hay, sin embargo, razones para creer lo contrario; siendo la primera y más principal la de que nada en particular dice la ley por modo expreso, como hace con la contraria, por cuya razón debe entenderse que esta cuestión ha de resolverse por el criterio sustentado por el Tribunal Supremo con autoridad á la publicación del Código Civil, cuando en sentencia de 11 de Abril de 1883, dice: «Si las condiciones impuestas por el testador para que la legataria adquiriese los bienes con que la dotaba, fueron que contrajese matrimonio y tuviera sucesión, y estas condiciones se cumplieron, en su virtud adquirió el derecho á los bienes, transmitiéndolo á su hijo por su fallecimiento».

Las condiciones *potestativas*, y lo mismo las *casuales* y *mixtas*, dependen en sus efectos, no solo de la intención del testador, sino también de la forma en que fueron expresadas por éste, habiendo de determinar por medio de la interpretación cuál fué la verdadera voluntad del testador, y cómo debe entenderse el cumplimiento de la condición, si real y verdadero, ó legal é interpretativo.

De las condiciones puramente *potestativas*, dice el Código Civil en su art. 795, que han de cumplirse por el heredero ó legatario, una vez enterados de ellas, después de la muerte del testador; á no ser que la condición hubiere sido ya cumplida y no pueda reiterarse. Pero si la condición *potestativa* impuesta al heredero ó legatario—añade el art. 800—fuere negativa, ó de no hacer ó no dar, cumplirán con afianzar que no harán ó no darán lo que fué prohibido por el testador, y que, en caso de contravención, devolverán lo percibido, con sus frutos é intereses. Si no dieren fianza se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que haya certeza de que no faltaran á la condición.

La declaración que hace la Ley positiva respecto á las condiciones puramente *potestativas*, es tan sencilla y lógica como

justa, pues dependiendo su cumplimiento de la exclusiva voluntad del heredero ó legatario, según oportunamente dijimos al dar su concepto, nada más natural que exigir á éstos que las cumplan, una vez enterados de ella; y solo cuando así lo hagan podrá deferírseles la herencia ó legado, negándosela en el caso contrario; porque si sabedores de lo que el testador quería que cumplieran no lo realizan, sin que á ello se opongan motivos que están fuera de la voluntad de aquellos, es racional presumir que no quieren la herencia ó legado que con tal condición les fué dejada, pasando en este caso á los herederos abintestato. Y si la condición *potestativa* fuese negativa, ó de no dar ó no hacer, es justo que se les ponga desde luego en posesión de la herencia ó legado, afianzando que no harán ó no darán aquello que fué prohibido por el testador; porque de este modo está garantido el cumplimiento de la voluntad de éste; ó en caso contrario que se ponga la herencia en administración.

Hablando de las condiciones *casuales y mixtas* dice el artículo 796 del Código Civil, que bastará que se realicen ó cumplan en cualquier tiempo, vivo ó muerto el testador, si éste no hubiese dispuesto otra cosa. Si hubiesen existido ó se hubieran cumplido al hacerse el testamento, y el testador lo ignoraba, se tendrán por cumplidas: si lo sabía, solo se tendrán por cumplidas cuando fueren de tal naturaleza que no puedan ya existir ó cumplirse de nuevo.

Estas declaraciones legales responden á lo que en esencia son las condiciones *casuales y mixtas*; y no otra cosa puede decir el legislador al determinar cuándo y cómo deben estimarse cumplidas; porque no dependiendo su realización de la voluntad del heredero ó legatario, más que á lo sumo en parte, en las *mixtas*, bastará con que se cumplan en cualquier tiempo, pues de lo contrario se daría la injusticia de hacer responsable á un sujeto de hechos que no le son propios ni para nada tomó en ellos parte su voluntad.

La distinción legal que se hace en estos casos, según que el testador haya ó no dispuesto cuándo deben cumplirse las condiciones casuales y mixtas, no es otra cosa que nueva confirmación

del principio de que lo primero á que debe atenderse es la voluntad del testador, para dar cumplimiento conforme á ella á lo que ordena como su testamento.

La declaración, de que si la condición existió ó se hubiera cumplido al hacerse el testamento, se tendrá por cumplida si el testador lo ignoraba, y por no cumplida si lo sabía, á no ser que no pueda ya existir ó cumplirse de nuevo, es justa en su esencia, y facil de comprender, pues se funda en la presunción racional de que si el testador hubiera sabido que ya existió ó tuvo efecto no habría exigido de nuevo su cumplimiento; y si sabiendo que existió ó se cumplió la impuso, es porque quería que solo volviéndose á cumplir fuera su heredero ó legatario la persona designada: en este caso ha de cumplirse nuevamente, á no ser que sea imposible.

Tanto las condiciones potestativas como las casuales y mixtas se tendrán por cumplidas, cuando el interesado en qué se cumplan ó no, impidiese su cumplimiento sin culpa ó hecho propio del heredero ó legatario.

En la institución condicional *suspensiva*, hay que distinguir tres casos, como acertadamente indica el Sr. Morató: ó bien la condición está en suspenso, ó bien se ha cumplido ó dejado de realizarse. En el primer caso *el día ni cede ni viene*; y la herencia habrá de estar en poder de un administrador que cuide de ella, recoja sus frutos y guarde todos los derechos á ella inherentes, para entregarla en su tiempo á quien corresponda. En el segundo caso, esto es, cumplida la condición suspensiva, hay que aplicar la regla de Derecho, de que la condición existente se retrotrae al día de la muerte del testador, considerándose la institución como si desde un principio hubiese sido pura: el heredero, una vez purificada la institución por la existencia de la condición, recibirá la herencia con las accesiones, frutos y demás emolumentos que la misma haya tenido desde el instante de la muerte del testador. En el tercer caso, ó sea, en el de faltar el cumplimiento de la condición, obrará la retroacción en sentido contrario, es decir, que la *inexistencia* de la condición se re-

trotrae en este supuesto al día del fallecimiento del testador, no en provecho del heredero instituido, sino en favor de los herederos *abintestato*, ó de la persona que para esta eventualidad hubiere llamado el testador en su testamento.

Esta racional doctrina, admitida por nuestros antiguos Códigos y tan sencillamente explicada por el citado civilista, ha encontrado en los modernos legisladores sus adversarios más decididos ó sus conculcadores más inconscientes, al decir en el art. 799 del Código Civil, que la condición suspensiva no impide al heredero ó legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos á sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento; pues como se ve, formulan un principio que contradice á la esencia misma de las condiciones suspensivas, las cuales, según dejamos dicho, contienen un hecho futuro é incierto, de cuya existencia depende la realización de un derecho. Es además opuesto el contenido del citado artículo á lo consignado en el 759 del mismo Código, que dice que el heredero ó legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno á sus herederos; y no es más conforme con el I,114, que formula el principio de que en las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución ó pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición; artículo este último de perfecta aplicación á las instituciones de herederos ó legatarios condicionales, pues á su doctrina se remite expresamente el legislador al decir del art. 791 del Código Civil.

Los artículos citados, cuya doctrina está en contradicción con la del 799, han seguido los precedentes que nuestra antigua Legislación marca al hablar de las condiciones suspensivas, siendo por ello más de extrañar la conducta seguida por los legisladores modernos tomando unos principios de nuestras leyes antiguas, é implantando á continuación otros que los contradicen; por lo cual hay que concluir, como acertadamente dice un escritor contemporáneo, ó que el legislador ha desconocido los principios fundamentales que explican la institución de heredero, ó que el efecto del tecnicismo jurídico le ha hecho incurrir en con-

tradición tan absurda, que rompe por completo la unidad entre el espíritu y la letra de la ley.

En vista de estas manifiestas y graves contradicciones creemos con el Sr. López R. Gómez, que el legislador ha padecido un error, por cierto inexplicable, al redactar el art. 799; pues una cosa es que el heredero instituido en forma condicional suspensiva transmita á sus herederos los derechos adquiridos en la herencia una vez cumplida aquella, y otra muy distinta resulta de que por la mala expresión del texto, se atribuya al mismo heredero la adquisición de derechos sobre la herencia al morir el testador para que pueda transmitirlos antes de cumplirse la condición. Es decir, que entendemos, que la legalidad vigente debe aplicarse con aquel recto sentido que explica el Sr. Morató al estudiar la institución hecha con cláusula condicional suspensiva, según nuestro Derecho antiguo; criterio con el cual se conforma el nuevo Código, para el caso en que la condición esté en suspenso, al decir el art. 801 que en este supuesto se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice ó haya certeza de que no podrá cumplirse.

Por quién y cómo ha de ser desempeñada esta administración, nos lo dice el Código Civil en los tres artículos siguientes al citado últimamente, estableciendo que dicha administración se confiará al heredero ó herederos instituidos sin condición, cuando entre ellos y el que lo es condicional hubiese derecho de acrecer. Si no existieren coherederos, ó no existiendo entre ellos el derecho de acrecer, entrará el heredero bajo condición en la administración, dando fianza. Si no la diere será administrador, también bajo fianza, el heredero presunto; y si ni uno ni otro afianzaren, los Tribunales nombrarán á una tercera persona para la administración, quien prestará fianza, con intervención del heredero.

Los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que lo son de los bienes de un ausente.

En la institución hecha con cláusula condicional *resolutoria*, hay que distinguir los mismos tres casos de que habla el Sr. Mo-

rató; y como esta condición es antitética de la *suspensiva*, los efectos habrán de ser contrarios á los explicados anteriormente. Por eso, mientras la condición está pendiente, *el día cede y viene* desde el momento de la muerte del testador. En el supuesto de que la condición se haya cumplido, se retrotrae en sus efectos para declarar extinguido el derecho del heredero; y la herencia se habrá de entregar con todos sus frutos, accesiones y emolumentos, ó bien á las personas que para este caso haya designado el testador, ó bien á los sucesores *abintestato*. Cuando la condición ha dejado de realizarse, se retrotrae en sus efectos, suponiéndola inexistente, al momento de la muerte del testador, pero en favor del heredero instituido en esta forma, cuyo derecho queda confirmado desde el día de la muerte de una manera indefinida é incontestable.

Los efectos de las condiciones *afirmativas* y *negativas*, quedan explicados anteriormente, siquiera lo hayamos hecho de una manera incidental, por cuya circunstancia no nos ocupamos especialmente de ellas. Las primeras, consistiendo en la realización de hechos, según indica su mismo nombre, producen el consiguiente efecto de *ceder y venir* el día desde el momento en que se cumplen, ora sea cumplimiento real, ora sea deducido de la interpretación, suponiéndose cumplidas desde que el testador murió, á cuya fecha se retrotraen sus efectos, para la adquisición de la herencia ó legado. Las *negativas* dilatan sus efectos para fecha indefinida, pues la institución hecha con cláusula condicional *negativa*, no produce realmente sus efectos más principales hasta después de muerto el instituido heredero ó legatario con tal condición; porque solo entonces es cuando existe verdadera evidencia de que no *hará ó dará* aquello que le prohibió el testador. Sin embargo, el así instituido entra en posesión de la herencia ó legado, dando la fianza de que habla el art. 800.

No hace el Código Civil referencia expresa á otras condiciones que las que dejamos explicadas, cuando habla de la institución de heredero ó legatario condicional; pero como en su artí-

culo 791, dice que las condiciones impuestas á los herederos y legatarios se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales, en lo que expresamente no esté prevenido en la sección que estudia la institución de heredero y del legado condicionales ó á término, creemos de necesidad decir algo de aquellas otras condiciones que pueden afectar á una obligación, porque dada la manera de expresarse el legislador, parece que es posible también que afecten á la institución de heredero ó legatario.

Entre las condiciones á que aludimos se encuentran las llamadas *divisibles é indivisibles*, las *conjuntivas y alternativas* y las *expresas y tácitas*. De todas ellas hemos de ocuparnos, siquiera lo hagamos sumariamente, por no hacer demasiado extenso este Capítulo y porque su completa explicación la reservamos para cuando estudiemos las obligaciones.

Se dice que es *divisible* la condición, cuando contiene un hecho ó se refiere á la entrega de una cosa que admite cumplimiento parcial, atendiendo á su naturaleza y á la voluntad del testador; é *indivisible*, por el contrario, la que contiene un hecho ó se refiere á la entrega de una cosa, que ni por su naturaleza ni por la voluntad del testador admite parcial cumplimiento.

Sea la condición divisible ó indivisible, habrá que hacer la distinción de si se ha impuesto á un solo heredero ó á varios. Si es uno solo el heredero que ha de cumplirla, su cumplimiento ha de ser total para que la institución produzca sus efectos propios, no pudiendo reclamar el heredero que la cumple parcialmente que le sea entregada ni siquiera una parte proporcional de la herencia. Si la condición es impuesta á dos ó más herederos, y es divisible, su cumplimiento se entenderá dividido por el número de instituidos, percibiendo cada uno de ellos la parte de herencia que le haya señalado el testador en cuanto cumpla la parte de condición que le corresponda; pero si la condición es indivisible, todos y cada uno de ellos están obligados á su total cumplimiento; de modo, que si todos realizan el hecho que la condición supone, cada uno recibirá la parte de herencia que el testador le hubiere asignado; y si es uno solo el que cumple la condición, no

por eso tendrá una mayor participación en la herencia, pudiendo, sí, resultar después, que este heredero reciba las porciones correspondientes á los demás coherederos, si es que entre ellos tiene lugar el llamado derecho de acrecer.

Llámanse condiciones *conjuntas*, cuando la cláusula testamentaria contiene hechos varios y todos deben realizarse, según la voluntad del testador, para que nazca el derecho de los herederos ó legatarios: y *alternativas*, si dicha cláusula contiene diferentes hechos de los cuales bastará que se cumpla uno solo, según expresión del testador, para que nazca el derecho á la herencia ó legado. Este mismo concepto de las condiciones que estudiamos está indicando el efecto de cada una de ellas en la intitución de heredero ó legatario, pues en las primeras *no viene ni cede el día* hasta que no se cumplen los varios hechos, en tanto que en las alternativas *el día cede y viene* cumplido que sea uno solo de los hechos indicados por el testador.

Son condiciones *expresas* aquellas que se consignan en el testamento por palabras terminantes del testador; y *tácitas* las deducidas de una fundada presunción al interpretar la voluntad del testador. Las *expresas* deben cumplirse tal cual fué el deseo manifiesto del testador, conocido por sus mismas palabras, y el efecto de su cumplimiento ó incumplimiento será distinto según sea la clase de condición de que se trate, debiendo aplicarse al caso la doctrina que dejamos expuesta al hablar de cada una de las clases de condición que hemos estudiado; é igual aplicación se hará para las *tácitas*, de los principios expuestos, una vez que se conozca la voluntad del testador, mediante la interpretación.

Temeroso el legislador del resultado que en algún caso puede dar la *interpretación*, para deducir si la institución debe ó no considerarse como condicional, declara por modo expreso, que la expresión del objeto de la institución ó legado, ó la aplicación que haya de darse á lo dejado por el testador, ó la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, á no parecer que esta era su voluntad. Lo dejado de esta manera—sigue di-

ciendo el art. 797 del Código Civil—puede pedirse desde luego, y es transmisible á los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido, con sus frutos é intereses, si faltasen á esta obligación.

Institución de heredero ó legatario á término.—Anteriormente dejamos consignado que á la institución de heredero, y lo mismo á la de legatario, puede ponérsele un término ó plazo para que nazcan sus naturales efectos ó para que cesen éstos; es decir, que la institución puede hacerse *desde ó hasta cierto día*, y así dice el art. 805 del Código Civil, que será válida la designación de día ó de tiempo en que haya de comenzar ó cesar el efecto de la institución de heredero ó del legado; y ahora vamos á estudiar los efectos propios del término ó plazo en la institución.

En el primer caso, esto es, cuando la institución se hace desde cierto día, *el día cede pero no viene* hasta que se cumpla el plazo señalado en el testamento; y hasta que llega el término fijado la herencia pasa á poder del que hubiera sido heredero *abintestato*, si tal institución testamentaria no existiera; si bien para entrar en posesión de la herencia durante esa interinidad habrá de prestar caución suficiente con intervención del instituido. Y si la institución es *hasta cierto día*, el día *cede y viene* cuando el testador fallece lo mismo que si la institución fuera pura; pero una vez llegado el plazo ó término fijado en el testamento, desaparece el derecho del instituido para lo futuro, debiendo entregarse la herencia en tal caso á los llamados por el testador en segundo término, y si nada dijo, á los herederos *abintestato*. Es decir, que la institución *desde cierto día* puede equipararse á la hecha bajo condición suspensiva, y la de *hasta cierto día*, á la condicional resolutoria.

Legislación foral acerca de la institución de heredero

Cataluña.—Como consecuencia de haber aceptado el derecho catalán los principios de la Legislación romana en materia de testamentifacción, hácese precisa, por regla general, la institución de heredero en Cataluña para que el testamento tenga validez; y el que es instituido heredero percibe toda la herencia, por estar también en vigor el principio de que nadie puede morir parte testado é intestado en parte. Y decimos que es requisito en general admitido, y no en absoluto, porque hay pueblos, como sucede en Tortosa, en que no se considera como indispensable la institución de heredero.

En los puntos en que es necesaria la institución de heredero, requiere que se haga de una manera clara, en cuanto á quién sea la persona designada, estimándose como nula la institución hecha en forma ambigua, ó señalando al heredero con epíteto injurioso; exigiéndose también que el heredero sea capaz al hacerse el testamento, al morir el testador y al aceptar la herencia.

Dicha institución de heredero puede hacerse en forma pura ó condicional, debiendo cumplir el heredero todas las condiciones que el testador le imponga, siempre que no sean contrarias á la honestidad, al Derecho natural ó á las buenas costumbres. Las que no se admiten son las instituciones *desde ó hasta cierto día*.

La institución de heredero es en Cataluña, lo mismo que en Castilla, un acto personalísimo, sin que pueda confiarse á tercera persona; pero puede dejarse la designación de heredero entre varios que indique el testador; siendo frecuente que los maridos concedan á las mujeres, ora en testamento, ora en capitulaciones matrimoniales, la elección de heredero ó herederos entre los hijos. Esta doctrina está confirmada por la Jurisprudencia, según Sentencia de 12 de Diciembre de 1862.

Si la elección de heredero se hace en capitulaciones matri-

moniales, ú otro cualquier documento solemne por actos *inter vivos*, sus efectos son necesarios, no pudiendo ser revocada por la mujer que la hizo. Los bienes así dejados no pueden estimarse como recibidos por donación, porque para ella habría sido necesario que los bienes fuesen propios y no sujetos á una transmisión en un orden determinado.

Si la elección la verificase la mujer en testamento, se hace revocable como toda última disposición testamentaria; si bien hay que dejar advertido que el criterio en que la Jurisprudencia se ha inspirado es diferente, diciendo: que declarada la validez del primero otorgado en virtud de la confianza, queda implícita y virtualmente declarada la nulidad del posterior, porque siendo contrarios entre sí, en cuanto á la elección de heredero, no pueden ambos quedar firmes y subsistentes, porque la validez del uno es correlativa y se sobreentiende que lleva forzosamente la validez del otro; pues el principio de Derecho, de que la voluntad del hombre es variable hasta la muerte en las últimas voluntades, se entiende del que dispone como dueño de sus bienes propios, y no es aplicable, por no ser igual la condición jurídica de ambos, al que testa en virtud de facultades que otro le otorga y limita. Así lo expresan las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de Marzo de 1876 y la de 3 de Febrero de 1882.

Aragón.—La institución de heredero no es necesaria en Aragón para que el testamento sea válido, pues puede faltar en absoluto sin que por ello deje de producir efectos la disposición testamentaria, ó designarse para que herede solo parte de los bienes, toda vez que está admitido el principio de poder morir parte testado é intestado en parte. Todo ello como necesaria consecuencia de no estar vigentes para estas cuestiones de testamentifacción, los principios del Derecho romano.

En cuanto á la forma de la institución, debemos dejar consignado que puede hacerse puramente ó bajo condición, y que la condicional admite cuantas condiciones quiera imponer el testador, siempre que no sean contrarias á derecho ni á las buenas costumbres.

También se admite que la institución se haga desde cierto día ó hasta día cierto, porque no rige el principio de la unidad en la sucesión.

Navarra.—La institución de heredero en Navarra tiene el carácter de necesaria, por la razón de estar admitido como supletorio en dicho territorio el Derecho romano; y el que es instituido heredero percibe toda la herencia, aunque no haya sido llamado por el testador al disfrute de la totalidad, por estar vigente el principio de que nadie puede morir parte testado é intestado en parte: *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*

La institución debe hacerse en testamento y no en codicilo, por el carácter de disposición menos solemne que este tiene en el territorio de Navarra. En el codicilo solo podrán consignarse las cargas y condiciones que el testador imponga al instituido, si en el testamento expresa que le nombra con los gravámenes que indicará en el codicilo, el que quiere se tenga por parte de su testamento.

La facultad de designar heredero, es en Navarra un acto personalísimo, sin que pueda confiarse al arbitrio de un tercero.

Esto, no obstante, si el Notario ú otra persona no sospechosa, preguntara al testador si instituye por heredero á una determinada persona y le contesta afirmativamente con palabras y no con señales, la institución será válida, si en todo lo demás se cumplen las formalidades legales.

Vizcaya.—No tiene este territorio leyes especiales propias referentes á la institución de heredero, por lo que debe entenderse que son de aplicar los principios que dejamos explicados en la Legislación de Castilla.

DOCTRINA LEGAL

Art. 763 El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes ó de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos.

El que tuviere herederos forzosos solo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo.

Art. 764 El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, ó esta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia ó sea incapaz de heredar.

En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo á las leyes, y el remanente de los bienes pasará á los herederos legítimos.

Art. 765 Los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales.

Art. 766 El heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia á la herencia, no transmiten ningún derecho á sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857.

Art. 767 La expresión de una causa falsa de la institución de heredero ó del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, á no ser

que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución ó legado si hubiese conocido la falsedad de la causa.

La expresión de una causa contraria á derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita.

Art. 768 El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario.

Art. 769 Cuando el testador nombre unos herederos individualmente y otros colectivamente, como si dijere: «Instituyo por mis herederos á N. y á N. y á los hijos de N.,» los colectivamente nombrados se considerarán como si lo fueran individualmente, á no ser que conste de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador.

Art. 770 Si el testador instituye á sus hermanos, y los tiene carnales y de padre ó madre solamente, se dividirá la herencia como en el caso de morir intestado.

Art. 771 Cuando el testador llame á la sucesión á una persona y á sus hijos, se entenderán todos instituidos simultánea y no sucesivamente.

Art. 772 El testador designará al heredero por su nombre y apellido; y, cuando haya dos que los tengan iguales, deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituido.

Aunque el testador haya omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse quién sea el instituido, valdrá la institución.

Art. 773 El error en el nombre, apellido ó cua-

lidades del heredero no vicia la institución cuando de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada.

Si entre personas del mismo nombre y apellido hay igualdad de circunstancias y estas son tales que no permiten distinguir al instituido, ninguno será heredero.

Art. 790 Las disposiciones testamentarias, tanto á título universal como particular, podrán hacerse bajo condición.

Art. 791 Las condiciones impuestas á los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en esta sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales.

Art. 792 Las condiciones imposibles y las contrarias á las leyes ó á las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero ó legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa.

Art. 793 La condición absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, á menos que lo haya sido al viudo ó viuda por su difunto consorte ó por los ascendientes ó descendientes de éste.

Podrá, sin embargo, legarse á cualquiera el usufructo, uso ó habitación, ó una pensión ó prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero ó viudo.

Art. 794 Será nula la disposición hecha bajo

condición de que el heredero ó legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador ó de otra persona.

Art. 795 La condición puramente potestativa impuesta al heredero ó legatario ha de ser cumplida por éstos, una vez enterados de ella, después de la muerte del testador.

Exceptúase el caso en que la condición, ya cumplida, no pueda ya reiterarse.

Art. 796 Cuando la condición fuere casual ó mixta, bastará que se realice ó cumpla en cualquier tiempo, vivo ó muerto el testador, si éste no hubiese dispuesto otra cosa.

Si hubiese existido ó se hubiese cumplido al hacerse el testamento, y el testador lo ignoraba, se tendrá por cumplida.

Si lo sabía, sólo se tendrá por cumplida cuando fuere de tal naturaleza que no pueda ya existir ó cumplirse de nuevo.

Art. 797 La expresión del objeto de la institución ó legado, ó la aplicación que haya de darse á lo dejado por el testador, ó la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, á no parecer que ésta era su voluntad.

Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es transmisible á los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido con sus frutos é intereses, si faltaren á esta obligación.

Art. 798 Cuando, sin culpa ó hecho propio del heredero ó legatario, no pueda tener efecto la insti-

tución ó el legado de que trata el artículo precedente en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes á su voluntad.

Cuando el interesado en que se cumpla, ó no, impidiere su cumplimiento sin culpa ó hecho propio del heredero ó legatario, se considerará cumplida la condición.

Art. 799 La condición suspensiva no impide al heredero ó legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos á sus herederos aun antes de que se verifique su cumplimiento.

Art. 800 Si la condición potestativa impuesta al heredero ó legatario fuere negativa, ó de no hacer ó no dar, cumplirán con afianzar que no harán ó no darán lo que fué prohibido por el testador, y que, en caso de contravención, devolverán lo percibido, con sus frutos é intereses.

Art. 801 Si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice ó haya certeza de que no podrá cumplirse.

Lo mismo se hará cuando el heredero ó legatario no preste la fianza en el caso del artículo anterior.

Art. 802 La administración de que habla el artículo precedente se confiará al heredero ó herederos instituidos sin condición, cuando entre ellos y el heredero condicional hubiere derecho de acrecer. Lo mismo se entenderá respecto de los legatarios.

Art. 803 Si el heredero condicional no tuviere coherederos, ó teniéndolos no existiese entre ellos derecho de acrecer, entrará aquél en la administración, dando fianza.

Si no la diere, se conferirá la administración al heredero presunto, también bajo fianza; y, si ni uno ni otro afianzaren, los Tribunales nombrarán tercera persona, que se hará cargo de ella, también bajo fianza, la cual se prestará con intervención del heredero.

Art. 804 Los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que lo son de los bienes de un ausente.

Art. 805 Será válida la designación de día ó de tiempo en que haya de comenzar ó cesar el efecto de la institución de heredero ó del legado.

En ambos casos, hasta que llegue el término señalado, ó cuando éste concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo. Mas en el primer caso, no entrará éste en posesión de los bienes sino después de prestar caución suficiente, con intervención del instituido.



CAPITULO XVII

De las sustituciones



IGUIENDO el plan que desde el comienzo de nuestro trabajo nos propusimos, cúmplenos estudiar en este lugar cuanto dice relación á las llamadas sustituciones hereditarias, después de haber estudiado lo concerniente á la institución de heredero y legatario; pues sabido lo que es y cuantos efectos produce el llamamiento primero de herederos, lo lógico es indagar qué otra cosa es y significa el llamamiento de herederos en segundo lugar, á lo que propiamente se designa con el nombre de sustituciones, en el orden hereditario.

Definición, origen y fundamento racional de la sustitución hereditaria.—Es la sustitución hereditaria el llamamiento de un segundo ó ulteriores herederos, para el caso en que el primeramente llamado no llegue á serlo, por no poder ó no querer.

Decimos llamamiento de un segundo ó ulteriores herederos, porque la persona designada para suceder en sustitución de la que es nombrada primeramente, se considera también como heredera, pero solo en segundo lugar; esto es, en el caso en que la primera no llegue á serlo, y porque la designación de sustitutos

puede hacerse sucesivamente á favor de varias personas (1). Y añadimos, para el caso en que el primeramente llamado no llegue á serlo *por no poder ó no querer*, porque la sustitución tiene efecto cuando el instituido heredero, en primer lugar no llega á serlo por impotencia ó voluntad. Por eso se dice también, que sustituir es hacer una institución de heredero subsidiaria ó subordinada á otra institución principal.

Las sustituciones hereditarias son de origen puramente romano, nacidas como precisa secuela de los principios generales que en materia de sucesión hereditaria regían, y en especial de la consideración que en Roma tenía el hecho de morir sin heredero un ciudadano, acto que era considerado como deshonoroso; y para evitar que por renuncia ó incapacidad del instituido primeramente heredero llegara á quedar vacante la herencia y anuladas las restantes cláusulas del testamento, dando lugar á una sucesión abintestato, que en muchos casos no conformaría con lo que hubiera sido voluntad del testador, caso de haber llegado á saber que el instituido heredero no iba á serlo, se inventó el recurso de las sustituciones ó segundos llamamientos, para que el testador adquiriera de este modo el convencimiento de que en todo caso dejaba á su muerte un sucesor por él nombrado, á cuyo fin le concedieron las leyes facultad para sustituir al heredero aunque fuera indefinidamente. Por eso se observa, que las sustituciones no son estudiadas por nuestras leyes hasta que aparece el Código de las Partidas, el cual Código, por consecuencia de haber aceptado los fundamentales principios de la Legislación romana en lo que á las sucesiones hereditarias se refiere, vióse precisado á no omitir entre sus disposiciones aquellas que eran necesarias para regular el llamamiento de segundos herederos.

(1) Cuando son varias las personas llamadas en sustitución y el llamamiento es sucesivo, cada una de ellas, por el orden en que son llamadas, sustituye á la anterior, siendo á su vez sustituto del heredero instituido, pues así se reconoce como principio de Derecho.

Nuestras posteriores leyes, aunque no admitían como necesaria la institución de heredero, de cuyo principio arrancaba en Roma la institución civil de las sustituciones, no acertaron á derogar estas, y estudiadas por la Ley del Ordenamiento de Alcalá y por la Nueva y Novísima Recopilación, fueron salvando su existencia en nuestra vida jurídica, si bien con un carácter secundario y por ende con una menor importancia, hasta que llegados los modernos tiempos, han sido incluidas en la codificación de nuestro Derecho civil, aceptando en lo fundamental de ellas las mismas doctrinas porque anteriormente venían rigiéndose, y dedicando á su desenvolvimiento varios artículos del nuevo Código, cuyo estudio nos proponemos hacer en los párrafos siguientes.

El fundamento de las sustituciones no es hoy otro que el respeto debido á la voluntad del hombre, pues no existen actualmente las causas que dejamos indicado hubo en Roma para aceptar estas segundas instituciones. Pero reconocida al hombre la facultad de disponer de sus bienes por testamento, y aceptado el principio de que en este punto lo primero á que hay que atender y respetar es la voluntad del testador, cuando no se opone á la moral y á los preceptos de la Ley positiva, no puede menos de reconocerse como necesaria consecuencia que ese mismo testador puede llamar á segundos ó ulteriores herederos, para que entren al disfrute de los bienes hereditarios cuando el llamado en primer lugar no llegue á serlo. No es, pues, hoy una razón de necesidad, como lo fué en Roma, la tenida en cuenta para admitir en el Código Civil las sustituciones hereditarias, porque tampoco es necesaria, según ya sabemos, la institución de heredero para que el testamento sea válido y produzca efectos; son admitidas por razón de pura conveniencia y respeto á la voluntad del testador.

Clases de sustitución que estudia la legalidad vigente.— Varios tratadistas de nuestro Derecho civil, entre ellos el Sr. Falcón, dicen que son tres las clases de sustitución que estudia el nuevo Código: la *vulgar*, la *popular* y la *fideicomisaria*; afirmación que

á juicio nuestro no es exacta, pues que también actualmente está sancionada la sustitución llamada *ejemplar* ó *cuasi-pupilar*, al decir el art. 776 del referido Código, que el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme á derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental; palabras del legislador que si no forman un concepto completo de lo que siempre ha venido entendiéndose que es la sustitución *ejemplar*, dan por lo menos una idea aproximada de ella; siendo suficiente á poder afirmar que tal clase de sustitución no ha pasado inadvertida y en silencio para los autores del nuevo Código. Por esta consideración decimos nosotros, que son cuatro las clases de sustitución que la legalidad vigente reconoce, á saber: la vulgar, la pupilar, la ejemplar ó cuasi-pupilar y la fideicomisaria.

Algunos tratadistas de nuestro antiguo Derecho civil señalaban además otras dos especies de sustitución, recordando doctrinas del Código Alfonsino: tales eran la sustitución *compendiosa* y la *recíproca*. Decían que la primera era la que en breves palabras comprendía á un mismo tiempo todas las sustituciones, como si se dijera: *Instituyo por mi heredero á Pedro, y en cualquier tiempo que muera sea su heredero Juan*; palabras que en realidad comprenden á la sustitución vulgar, pupilar y ejemplar. La segunda ó *recíproca*, decían que era aquella por la cual el heredero sustituía mutuamente á los herederos instituidos, como si dijera: *Instituyo por heredero á Pedro y á Juan, mis dos hijos menores de catorce años y los nombro mutuamente sustitutos uno de otro*.

Para nosotros, estas dos indicadas especies de sustitución, no merecen en rigor este nombre, pues no constituyen clases distintas de sustitución, sino que se refieren más bien á formas diversas de verificar las que admitimos como verdaderas sustituciones.

Concepto de la llamada sustitución vulgar.—La sustitución vulgar no es otra cosa que el nombramiento de un segundo ó ulterior heredero que el testador designa en su testamento, para el caso de que el instituido en primer lugar no llegue á serlo, por no poder ó no querer.

Este concepto es deducido de lo que preceptúa el art. 774 del Código Civil, al decir que puede el testador sustituir una ó más personas al heredero ó herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, ó no quieran ó no puedan aceptar la herencia; de cuyos términos se deduce, que el llamamiento para la sustitución vulgar comprende los casos que se llaman de *impotencia y noluntad*; que si el heredero instituido primeramente sobrevive al testador, y acepta la herencia, la sustitución caduca por solo este hecho; que si el nombrado heredero directo no llega á serlo por haber muerto antes que el testador, ó por ser incapaz, ó por no haberla querido aceptar, el sustituto adquiere la herencia; y que si el instituido en primer término no quiere ó no puede aceptar, y lo mismo hace ó le sucede al nombrado primeramente sustituto, percibirá la herencia el sustituto nombrado en segundo lugar, por el principio de Derecho que la Jurisprudencia tiene sancionado de que el sustituto del sustituto lo es del heredero instituido.

Principios de Derecho porque se rige la sustitución vulgar.—La sustitución vulgar, que fué la primera que se conoció, y se estableció para el caso de que el instituido en primer término heredero no llegase á serlo, por no poder ó no querer, comprende en la actualidad los mismos casos, según dejamos indicado, siendo hoy principio de la Ley positiva, que dicha sustitución, cuando no contiene expresión de casos, comprende los tres, de morir el instituido primeramente heredero antes que el testador, ó no querer ó no poder aquél aceptar la herencia, á menos que el testador haya dispuesto otra cosa. Por eso dicen los tratadistas de Derecho civil, que la sustitución vulgar comprende los casos de *noluntad é impotencia*, por producir en la práctica el mismo efecto; porque como el heredero en primer lugar no llega á adquirir la herencia, sea cualquiera la causa, ningún derecho transmite á sus herederos, entrando á su disfrute el sustituto; lo que no sucedería si el heredero directo hubiera sobrevivido al testador y hubiera aceptado la herencia, porque entonces habría adquirido con tal acto derechos propios sobre ella, transmisibles á sus sucesores y no á los sustitutos. Si el fallecimiento del designado here-

dero en primer lugar ocurriera en el término que para deliberar concede la ley, sin haber aceptado ni repudiado la herencia, sus herederos podrán usar de dicho beneficio en el tiempo que faltase hasta la terminación del plazo para ello concedido.

Las cargas y condiciones que el testador hubiera impuesto al nombrado en primer lugar heredero, deberán ser cumplidas por el sustituto que en definitiva llegue á tener el disfrute de la herencia, á menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, ó que los gravámenes ó condiciones sean puramente personales del instituido, por el principio de que el sustituto debe suceder en lo favorable y adverso.

Lo que dejamos dicho, forma los principios generales de la sustitución vulgar, y se refiere especialmente al caso más frecuente de sustituir un solo sustituto á un solo heredero; pero como puede suceder también que los instituidos y los sustitutos sean más de uno, habremos de estudiar los casos varios posibles en la práctica, y que pueden reducirse á los siguientes: sustituir varios á uno solo, uno solo á varios, y varios á varios.

En el primer caso, una vez que falte el heredero entran todos los sustitutos al disfrute de la herencia, si todos fueron nombrados *conjuntamente* por el testador: si su llamamiento fué *sucesivo*, sucederán al heredero que no llegue á serlo por el mismo orden en que el testador los designó, por el principio antes apuntado de que el sustituto del sustituto lo es del heredero instituido.

Si hay varios herederos y un solo sustituto, hay que atender en primer término á la forma del llamamiento, para determinar el derecho correspondiente, pues hay que deducir la voluntad del testador, de la forma en que hiciera la designación. Si se deduce del testamento que el deseo del testador fué que el sustituto sucediera á cualquiera de los herederos que faltara, al morir cualquiera de ellos ocupará la porción de herencia que deje vacante, porque de este modo se cumple la voluntad del testador, que es á lo primero que debe atenderse; pero si la cláusula de su nombramiento es redactada en términos generales para sustituir á todos los herederos, el sustituto no entrará á dis-

frutar parte alguna de la herencia mientras haya un solo heredero que la acepte.

En el caso de ser varios los herederos instituidos y los sustitutos, habrá también que deducir de la cláusula del nombramiento de éstos si á cada heredero habrá de suceder en sustitución un sustituto determinado, ó si, por el contrario, debe entenderse que solo faltando todos los instituidos entrarán los sustitutos, ó si entre todos éstos percibirán la parte de la herencia correspondiente á cada uno de los herederos que no quieran ó no puedan aceptarla. En el primer caso no ofrece duda la solución, y cada sustituto percibirá la parte de herencia que corresponda al heredero á quien sustituye, cuando éste no puede ó no quiere aceptarla: el caso es igual al en que hay un solo heredero y un solo sustituto. En el segundo, los sustitutos no perciben nada en tanto que no falten todos los herederos; y llegado este caso, todos los sustitutos percibirán iguales partes. Y, por último, en el tercer caso, entre todos los sustitutos perciben, en partes iguales, la porción ó porciones de herencia correspondientes á los que siendo nombrados herederos no llegaron á serlo.

La cuestión de más importancia que en la sustitución vulgar puede presentarse, es la referente á determinar la preferencia para adquirir la porción de herencia vacante en el caso de concurrir un coheredero, un transmisario y un sustituto vulgar; cuestión propuesta y tan debatida por algunos tratadistas como olvidada para otros. En este punto sostiene el Sr. Falcón la doctrina más aceptable, en parte, á juicio nuestro, y es como sigue: En la concurrencia de un coheredero, un transmisario y un sustituto vulgar, el derecho pertenece al transmisario, cuando murió su causante hallándose todavía en el período de la deliberación; y del sustituto si murió después del plazo de la deliberación, ó cuando había manifestado ya su intención de repudiar la herencia. El caso puede darse—sigue diciendo el mencionado tratadista—cuando habiendo sido instituidos herederos Juan y Diego, siendo nombrado Antonio sustituto vulgar de Diego, muriese éste después que el testador, durante el período de deliberación y antes de que hubiese resuelto aceptar la herencia;

pues si la hubiese aceptado ya es evidente el derecho de sus herederos. En el caso propuesto se encuentran en oposición las pretensiones de Juan por derecho de acrecer, las de los herederos de Diego por derecho de transmisarios y las de Antonio por su nombramiento de sustituto; y es preferible el derecho de los transmisarios, porque no puede decirse que hay porción vacante ni que la herencia fué rechazada por el difunto Diego. No habiendo porción vacante, Juan no puede invocar en su favor el derecho de acrecer: no habiendo sido tampoco rechazada la herencia por Diego, no existen términos hábiles para la entrada del sustituto, porque todavía puede haber heredero.

Así resuelve la primera parte de la cuestión propuesta el mencionado tratadista, y para ello se funda, seguramente, aunque no lo dice, en la expresa y terminante disposición del artículo 1,006 del nuevo Código Civil, en el cual se dice: «Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará á los suyos el mismo derecho que él tenía»; solución con la cual nos hallamos conformes en este punto, porque no otra cosa puede creerse que se resuelva después de lo dicho en el preinserto artículo. Pero no seguimos de acuerdo con el mencionado escritor en cuanto á que en todo caso sea del sustituto la porción de herencia que deja vacante un coheredero, si murió después del plazo que para deliberar tenía, ó cuando había manifestado ya su intención de repudiar la herencia. Y decimos que no estamos conformes con que en todo caso sea esta la solución que á la cuestión debe darse en su segundo extremo, porque, á juicio nuestro, habrá que distinguir la forma del llamamiento del sustituto Antonio, según que hubiera sido nombrado para sustituir á todos y cada uno de los herederos instituidos, ó que el nombramiento de éstos signifique sustitución recíproca entre ellos y sólo sea llamado el sustituto para el caso en que ninguno de los herederos llegue á serlo; pues como á lo primero á que hay que atender es á la voluntad del testador, si de la interpretación de esta se deduce que el llamamiento de los herederos y del sustituto fué en la forma dicha, sucederá que éste no percibe parte alguna de herencia mientras haya coherederos: es decir, que el derecho de

éstos es preferente al de aquél, que es lo contrario de lo que afirma el Sr. Falcón.

Otra cosa sería si el sustituto hubiera sido nombrado para sustituir á todos y cada uno de los herederos instituidos, caso en el cual la parte vacante que en la herencia dejara uno de los coherederos que repudió dicha herencia correspondería al sustituto y no á los transmisarios ni coherederos: á los primeros, porque renunciando el derecho por la persona á quien heredan no puede renacer para ellos el derecho que en otro caso hubieran tenido; y á los segundos ó coherederos tampoco correspondería tal derecho, por la razón principal, entre otras, de que á ello se opone la voluntad del testador, quien mostró su deseo de que caso de no poder ó no querer ser heredero cualquiera de los nombrados, lo fuera aquél á quien designaba por sustituto. Además, que puede muy bien ocurrir que entre los nombrados coherederos no tenga lugar el derecho de acrecer, en cuyo caso la porción vacante corresponde al nombrado sustituto, aunque así no lo exprese claramente el testador, y en su defecto á los que fueran herederos legítimos al decir del art. 986 del Código Civil.

Causas porque se extingue la sustitución vulgar.—Las causas por las cuales se extingue la sustitución vulgar pueden ser clasificadas en dos grupos, según que se refieran á las que anulan y revocan el testamento ó la institución de heredero, ó á las particulares y concretas que dejan especialmente sin efecto la sustitución, no obstante ser eficaz la institución y el testamento todo. Las primeras las dejamos estudiadas al hablar de los modos de quedar sin efecto, total ó parcialmente, las disposiciones testamentarias, y por eso vamos á exponer solo las propias y peculiares que anulan la institución. Entre estas tenemos la adición de la herencia por parte del heredero; la muerte del sustituto, ocurrida antes que la del testador, ó que la del instituido heredero, porque en este caso nada transmite el sustituto á sus herederos; y por el transcurso del tiempo fijado para la reclamación de la herencia, pues si el derecho á ella lo perdería por tal causa el heredero, no hay razón para exceptuar al sustituto,

De la sustitución pupilar: su concepto.—El concepto de la sustitución pupilar no difiere esencialmente del que hemos asignado á la sustitución vulgar; porque tanto una como otra implican llamamiento de heredero en segundo lugar. Pero se diferencian en que ese segundo llamamiento se hace en la sustitución vulgar para el caso en que el primeramente llamado no llegue á serlo, por no poder ó no querer, y en la pupilar se hace á prevención de que el heredero directo, aun llegando á serlo, muera antes de tener la necesaria capacidad, por razón de edad, para nombrarse un sucesor.

De las anteriores indicaciones se deduce, que la sustitución pupilar no es otra cosa que el nombramiento de un segundo heredero, que los padres y ascendientes hacen para que suceda al hijo menor de catorce años, cuando éste hijo entra en la herencia y muere antes de llegar á dicha edad. Concepto que dá la misma Ley positiva, al decir en su art. 775: «Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustituto á sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad».

Es, como se ve, la sustitución pupilar, una verdadera institución de heredero que los padres ó ascendientes hacen en nombre de sus descendientes menores de catorce años, en cuyo nombre testan por no tener éstos edad suficiente para hacerlo: y se llama pupilar, por razón de ser hecha en nombre de los que son llamados *pupilos*.

Precedentes históricos de la sustitución pupilar.—Esta clase de sustitución, lo mismo que la vulgar, nació en Roma, cuyos legisladores la sancionaron en sus leyes como una necesaria consecuencia de la especial organización que en aquel pueblo tenía la familia. La conservación de esta hizo precisa la concesión al jefe de ella para designar por testamento un sucesor al impúber; sucesor conocido con el nombre de *sustituto pupilar*, y que se suponía nombrado heredero por el mismo impúber.

Con la reproducción de las doctrinas romanas por las Leyes de Partida, se admitió en nuestro Derecho la sustitución pupilar; y aunque desapareció entre nosotros la necesidad que originó es-

ta institución, por ser distinta la organización de nuestra familia, mantúvose no obstante, y hoy es reconocida por el nuevo Código, en consideración al respeto que en todo caso se debe á la voluntad del testador, cuando no es contraria á las leyes ni perjudica derechos de tercero.

Pero si bien es cierto que las leyes posteriores al Código Alfonsino no acertaron á derogar la sustitución pupilar, nacida por consecuencia de necesidades sentidas por unas costumbres distintas de las nuestras, también hay que reconocer que no la aceptaron tal cual la estudiaban las mencionadas leyes, sino que le dieron una consideración distinta, desenvolviéndola en preceptos muy diferentes en el fondo. Así se observa, que si por virtud de la sustitución pupilar se transfería en Roma al sustituto el patrimonio del impúber, además de los bienes pertenecientes al testador que hacía la sustitución, no sucedía lo mismo según nuestro Derecho patrio, pues al decir de los intérpretes, era preferente el derecho de la madre sobre los bienes del hijo impúber, y á tenor de lo dispuesto en la Ley VI de Toro se adjudicaban á la madre las dos terceras partes de los bienes pertenecientes al hijo, que era la cuantía debida como legítima á los ascendientes, presumiéndose que también era deseo del testador que la madre fuera preferida á un extraño.

Principios porque hoy se rige la sustitución pupilar.— Como la sustitución pupilar fué admitida en sus orígenes como una prerrogación de las facultades de la patria potestad, fundamento que hoy varía, y que no es otro sino el respeto que se debe á la voluntad del testador y á los sentimientos de afecto familiar, es evidente que los principios porque actualmente se rige han de ser diferentes de los antiguos, sobre todo en lo referente á las personas que pueden ordenarla; pues mientras antiguamente era facultad que competía solo al padre ó abuelo, por ser los únicos que tenían la patria potestad, hoy este derecho se extiende también á la madre: y aun es concedido de igual modo á los demás ascendientes, si no por razón de patria potestad, por otras consideraciones igualmente atendibles, de afecto, y por respeto á la voluntad del testador y á los ascendientes que son herederos for-

zosos. Pero entiéndase que esta sustitución la admite el Código Civil vigente, no con la amplitud que la admitía el Derecho romano, sino respetando en todo caso los derechos legitimarios de terceras personas; esto es, que al sustituido que tenga herederos forzosos, solo se le podrá nombrar sustituto para aquellos bienes de que libremente podría aquél disponer si tuviera capacidad.

Respecto á la capacidad para ser nombrado sustituto pupilar solo diremos que se requiere la que es necesaria en general para poder ser heredero, porque el sustituto puede llegar á ser tal heredero según voluntad del testador, y éste no puede por este indirecto modo violar los principios que el Derecho positivo establece para la llamada testamentifacción pasiva.

En cuanto á la forma de hacerse la sustitución pupilar, debe observarse que el nombramiento de sustituto puede tener lugar de una manera expresa ó tácita, según que se contenga en el testamento la voluntad del testador de una manera explícita y terminante, ó pueda deducirse de la interpretación de sus cláusulas. Según nuestro antiguo Derecho se entendía hecha tácitamente la sustitución pupilar en los dos casos siguientes: 1º Cuando se hacía en forma de sustitución vulgar, como si se dijera: instituyo por mi heredero á Antonio, mi hijo legítimo, impúber, y si no llega á heredar nombró en su lugar á Pedro; 2º Cuando el padre instituía á su hijo y á una tercera persona, disponiendo que cualquiera que fuera su heredero, lo fuera también de su hijo.

Los bienes que el sustituto pupilar percibe si el hijo menor del testador que le nombró llega á morir antes de la edad en que pueda testar, son, como indicado queda, aquellos de que el menor hubiera podido disponer libremente caso de haber llegado á testar; y si éste no tuviera herederos forzosos le sucederá en la totalidad de su patrimonio, si el ascendiente testador así lo dispuso, porque entonces, no oponiéndose la voluntad del que nombró sustituto pupilar á ningún derecho de tercero ni á lo que la ley preceptúa, tal voluntad debe cumplirse en la forma que fué ordenada. Pero como en la actualidad son varias las personas que pue-

den nombrar sustituto pupilar, puede presentarse la cuestión de cómo y en qué parte de bienes entrarán á heredar los sustitutos si cada cual nombra uno; cuestión que á juicio nuestro debe resolverse en el sentido de que debe adjudicarse á cada sustituto, la porción de bienes que proceda del ascendiente que le nombró y los que el menor adquiera de tercera persona, en consideración á dicho ascendiente.

También en la sustitución pupilar queda el sustituto sujeto á cumplir las cargas y condiciones impuestas al instituido, á no ser que otra cosa en contrario disponga el testador, ó que dichas cargas y condiciones sean personalísimas del instituido; pero no alcanzará tal imposición á los bienes que el pupilo adquiera de su madre, si el que nombró sustituto fué el padre, ó viceversa; porque en uno y otro caso ninguna facultad compete al testador en tales bienes.

Causas porque termina la sustitución pupilar.—Sabido lo que es la sustitución pupilar y el concepto que de ella dá el Código Civil, fácilmente se comprende que las causas porque puede quedar ineficaz son: por ser revocado el testamento en que se ordena; por anularse la institución de heredero, pues la sustitución queda subordinada á la institución y debe correr la misma suerte que esta; por morir el menor después de haber cumplido los catorce años, á cuya edad adquiere capacidad suficiente para otorgar personalmente testamento; por morir el hijo antes que el padre; y por fallecimiento del sustituto, ocurrido antes que el del padre ó el del menor á quien sustituye.

Sustitución ejemplar: su concepto y fundamento racional.—Es la sustitución ejemplar, el llamamiento de un segundo heredero para el caso en que el instituido en primer lugar muera en estado de enajenación mental, aun siendo mayor de catorce años.

Del anterior concepto de la sustitución ejemplar se deduce, que tiene grandes puntos de contacto con la pupilar, por cuya razón ha recibido también el nombre de *cuasi-pupilar*; pues las únicas diferencias que entre una y otra existen, estriban en la causa que produce la incapacidad del instituido, que en la pupi-

lar es la falta de edad y en la ejemplar la enajenación, y que la ejemplar puede quedar sin efecto por otorgar testamento el nombrado directamente heredero, en un momento de lucidez ó después de haber recobrado la razón. Por lo demás, podemos decir que son esencialmente iguales, porque igual es la razón en que se fundan, que no es otra que la incapacidad en el instituido directamente heredero para designarse por sí un sucesor. Además, la razón de parentesco es tenida también en cuenta lo mismo en una que en otra para conceder facultad de nombrar sustituto; no pudiendo decirse hoy en absoluto que esta facultad es emanada de la patria potestad, por estar concedida á personas que no tienen dicha potestad, según á continuación veremos.

Reglas de Derecho histórico y vigente referentes á la sustitución ejemplar.—La sustitución ejemplar tiene su origen en Roma, lo mismo que la pupilar, y de las leyes de aquel pueblo la copió para el nuestro D. Alfonso X el Sabio en su Código de las Partidas; en cuyo cuerpo legal es donde se hallan las reglas más completas que el Derecho histórico presenta en esta materia.

El nombramiento de sustituto para los dementes era facultad concedida á los ascendientes, lo mismo paternos que maternos, por no fundarse dicha sustitución en la patria potestad, y sí en los vínculos de parentesco y afecto á la persona incapacitada; estando determinado que cuando fueran varios los sustitutos nombrados por diversos ascendientes, cada uno heredaba la parte de bienes que el testador hubiera dejado al demente.

Pero el nombramiento de sustituto ejemplar no quedaba á la libre iniciativa del que le nombraba, pues para ello era necesario que instituyera por su heredero al demente, y que si éste tenía descendientes legítimos ó hermanos, á éstos debía nombrar necesariamente. Así se deduce del texto de la Ley XI, tít. 5º, Partida VI, cuya doctrina se completó por la Ley VI de Toro, que llamó también á los ascendientes, á quiénes reconoció porción legítima, á falta de descendientes. Cuando el demente no tenía parientes de las tres clases indicadas, el que le institua heredero podía nombrarle por sustituto á un extraño.

El primero y principal efecto que la sustitución ejemplar

surtía en el Derecho histórico era la transmisión de la herencia al sustituto, si el sustituido moría en estado de demencia; quedando sin efecto la sustitución si recobraba la razón, porque faltaba la causa que la motivó.

Tales eran los principios generales y más importantes porque la sustitución ejemplar se regía en el Derecho histórico, cuyas doctrinas han sentido radical reforma en los puntos que á continuación vamos á exponer.

Por razón de las personas que pueden nombrar sustituto ejemplar, no existe diferencia entre el antiguo y nuevo Derecho, pues al decir el art. 776 del Código Civil que el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme á derecho haya sido declarado incapaz por enajenación mental, no distinguiendo entre los de una y otra línea, ni de proximidad de grado, entendemos que tal facultad corresponde ó puede corresponder lo mismo á los padres que á los abuelos, y que todos los ascendientes pueden nombrar sustituto ejemplar para el caso en que el mayor de catorce años, declarado demente, muera en estado de demencia, sin haber podido testar; y decimos sin haber podido testar, porque consecuente el legislador con el principio que en otro lugar anterior formula, de que es válido el testamento que el demente hace en un momento de lucidez, declara que la sustitución ejemplar quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido ó después de haber recobrado la razón (1). Pero existe, sí, una diferencia en cuanto á la condición mediante la cual se concedía la facultad de nombrar sustituto ejemplar; porque según el antiguo Derecho era preciso que el testador que nombraba sustituto para el demente instituyera á éste heredero, circunstancia que hoy no se exige, sino que únicamente se preceptúa que la sustitución no perjudique los derechos legitimarios de los que sean herederos forzosos del incapacitado; lo cual vale tanto como decir, que la persona que nombra sustituto á un demente puede hacerlo pa-

(1) Párrafo 2º del art. 776 del Código.

ra que si aquél llega á ser heredero por morir éste sin recobrar la capacidad ni haber hecho testamento en intervalo lúcido, disfrute todos los bienes que á él pertenecieran; deduciendo tan solo los que formen la cuantía de la legítima de aquellos no nombrados para la sustitución, que sean herederos forzosos; cuantía que variará según que tales herederos sean descendientes, ascendientes ó cónyuge, pues como veremos más adelante la cuota legitimaria es distinta según la línea, y también la clase de parentesco.

Las personas que actualmente pueden ser sustituidas no son otras que las que desciendan de aquella que hace el nombramiento de sustituto, reuniendo las circunstancias de ser mayor de catorce años y haber sido previamente declarada incapaz por enajenación mental.

En este respecto la legalidad vigente desenvuelve principios distintos de la antigua, pues en ella se distinguía entre los ascendientes de una y otra línea, estableciéndose que por la paterna podían ser sustituidos los hijos legítimos y los legitimados por subsiguiente matrimonio y por rescripto del Rey; y por la materna podían serlo también, además de los indicados, los naturales y los espúreos: hoy no cabe hacer tal distinción después de lo preceptuado por el art. 776 del Código Civil, dada la fórmula general que hemos visto emplea, al decir que el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años....

También hay una notable diferencia en punto á las personas que pueden ser nombradas para la sustitución ejemplar, y condiciones en que puede hacerse el nombramiento, pues mientras por la antigua Legislación, si el demente tenía descendientes legítimos, ascendientes ó hermanos, estas personas habían de ser nombradas para la sustitución, por el Derecho vigente hoy no sucede esto, sino que existe facultad en el que hace el nombramiento para designar á quien á bien tenga, como sustituto ejemplar, sin otra limitación que la marcada en el art. 776 del Código, en el cual se dice que la sustitución ejemplar solo será válida en cuanto no perjudique los derechos legitimarios de los herederos forzosos.

Respecto á los bienes que hoy adquiere el sustituto ejemplar, siempre que el incapacitado muera dentro de las condiciones precisas para heredarle, hay que hacer una distinción, deducida de lo preceptuado en el art. 777 del Código Civil: si el sustituido fallece sin dejar herederos forzosos, el sustituto adquiere la totalidad de la herencia; pero si concurre con herederos forzosos, en este caso solo adquiere la parte de bienes de libre disposición. En uno y otro caso la conclusión que dejamos sentada puede modificarse por voluntad del testador.

Lo dicho anteriormente se refiere al caso en que sea uno solo el nombrado sustituto ejemplar; pero cuando son varios, cosa posible desde el momento en que son varias las personas que pueden nombrar sustituto al demente y cada una de ellas puede designar á uno diferente, el principio á que hay que atender para determinar á quien corresponde la herencia es muy otro, pues en este caso cada uno de los sustitutos percibirán la parte de bienes que procedan de la persona que les nombró para la sustitución, y los adquiridos por el incapacitado de tercera persona, en consideración á la que hizo el nombramiento.

También á la sustitución ejemplar es aplicable la disposición de Derecho positivo que determina que el sustituto quedará sujeto á las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, á menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, ó que los gravámenes ó condiciones sean meramente personales del instituido (1); disposición inspirada en los principios de la más sana justicia y equidad, porque subrogándose el sustituto en la personalidad del instituido, esa subrogación debe ser completa; es decir, lo mismo para lo favorable que para lo adverso, á no ser que otra sea la voluntad del testador, cuyos deseos deben quedar siempre á salvo y ser cumplidos, cuando con ella no se perjudiquen derechos de tercero, ni se oponga á lo por las leyes mandado. Y es de una mayor justicia que así se diga por la Ley positiva en el caso de sustitución ejemplar, porque en ella el primeramente instituido heredero es siempre descendiente del testa-

(1) Art. 780 del Código Civil.

dor, y por ende heredero forzoso del mismo, y si á éste se le impusieron cargas ó condiciones, con mayor razón debe cumplirlas el sustituto que puede ó no tener esa tan íntima y estrecha relación de parentesco con la persona que hizo el nombramiento de sustituto. Además, el sustituto cumplirá también las cargas y condiciones que á él en especial impusiera el testador para el caso en que llegara á ser heredero.

Con lo dicho hasta aquí dejamos explicados los principios más importantes porque actualmente se rige la sustitución ejemplar, restándonos tan sólo indicar las causas porque se extingue; pero antes de esto vamos á hacer unas observaciones, siquiera sean sumarias, acerca de la inteligencia que debe dársele al artículo 776 del Código Civil, en punto al momento en que procede hacer el nombramiento de sustituto ejemplar.

Es la cuestión indicada una de esas á que no quita importancia ese inexplicable silencio que acerca de ella guardan los expositores y tratadistas de nuestro Derecho civil: frecuente en la práctica y de efectos nada desatendibles, nos creemos en el deber de formular nuestro juicio sobre el criterio que debe adoptarse para resolverla.

Si en algún caso es la Ley positiva tan clara y terminante en su redacción que la inteligencia de sus preceptos no necesitan de la interpretación, ese caso es el previsto en el párrafo primero del art. 776 del Código, al hablar de la sustitución ejemplar. Al decirse en el mencionado artículo que el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme á derecho, *haya sido declarado incapaz por enajenación mental*, bien claramente se expresa que la declaración de incapacidad ha de preceder al momento en que se hace el nombramiento de sustituto; conclusión á que no podemos menos de llegar, si es que no queremos desconocer el valor gramatical de las palabras empleadas por el legislador, y si es que hemos de admitir, como admitirse debe, que su uso por los autores de la ley ha sido consciente y con el fin de que surtan los debidos efectos. Pero si esto no bastara, todavía podríamos aducir otras razones, que siendo lógicas, son también tenidas en cuenta por el

legislador al hablar de los principios referentes á la capacidad para testar, á cuya negación de capacidad obedece el que el ascendiente pueda nombrar sustituto para el descendiente mayor de catorce años.

Es principio general, que al llegar el hombre á los catorce años tiene capacidad para testar (1), y solo por excepción se le priva de esa prerrogativa en el caso de que aun siendo mayor de dicha edad no se hallare en su cabal juicio, por causa habitual ó accidental: es decir, que al pasar de los catorce años ya puede el hombre, y lo mismo la mujer, otorgar testamento; principio que si bien no pasa de fundarse en una presunción *juris tantum*, es lo cierto que necesita de la demostración contraria para negarse, y esa demostración quiere el legislador que se haga mediante un procedimiento judicial, no aceptando como suficiente la mera presunción y el juicio público para negarse tal capacidad.

Para llegar á la conclusión indicada, nos fundamos también en la manera de expresarse el legislador al hablar de la tutela de los dementes, en cuyo punto dice (2) que no se puede nombrar tutor á los locos y dementes mayores de edad, sin que *preceda* la declaración de que son incapaces para administrar sus bienes; precepto de ley, que lo mismo que al que antes nos referimos, arranca del principio de que el que por razón de edad es declarado capaz para el ejercicio de los derechos civiles, solo por una demostración contraria, plena y formalmente justificada, puede ser privado de dicha capacidad. Así lo demuestran los términos *haya sido* y *preceda* que emplean los dos mencionados artículos.

La declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente, según indica el art. 218 del Código Civil.

Tal es, á juicio nuestro, la solución que debe darse á la cuestión de referencia; y hasta tal punto es firme nuestra convicción, que no dudamos de la facilidad con que puede anularse el nom-

(1) Se exceptúa el testamento ológrafo para el cual se requieren 23 años.

(2) Art. 213 del Código Civil.

bramiento de sustituto ejemplar, cuando es hecho sin que haya precedido la declaración de enajenación mental.

Causas porque se extingue la sustitución ejemplar.— Además de las causas que producen la nulidad y revocación del testamento ó de la institución de heredero, que también afectan á la sustitución ejemplar en dicho testamento hecha, pueden señalarse como especiales para la extinción de esta, las siguientes: la muerte del sustituto antes que el incapaz, aunque sea posterior á la del testador; el recobrar el demente su capacidad; y el otorgar éste testamento en un momento de lucidez. Para juzgar acerca de si tal testamento fué otorgado ó no en intervalo lúcido, serán admisibles los medios de prueba de que hicimos mérito al hablar de la validez del testamento hecho por el que habitual ó accidentalmente no estaba en su sano juicio.

De la sustitución fideicomisaria: su concepto.— La última clase de sustitución que admite la legalidad vigente es la llamada fideicomisaria, que no es otra cosa que la institución que el testador hace á favor de una persona con orden ó encargo de entregar á otra los bienes que de él recibe.

En opinión de muchos tratadistas no es la sustitución fideicomisaria una verdadera sustitución, por faltar en ella la primera y más esencial condición que en toda sustitución debe existir, cual es: nombramiento de heredero á favor de una persona á quien primeramente desea el testador que llegue la herencia, y designación de otro sujeto en segundo lugar para que sea heredero si el primero no quiere ó no puede llegar á serlo. Dicen, no sin alguna verdad, que estando obligado siempre á transmitir la herencia el que es nombrado en primer lugar (fiduciario) al designado después (fideicomisario), éste es el heredero en todo caso, y por tanto, no puede con propiedad decirse que sustituye al primero.

A juicio nuestro, no es tan en absoluto verdad, como afirman los aludidos tratadistas, que el primeramente nombrado en la sustitución fideicomisaria no es en ningún caso verdadero heredero, porque siempre ha de transmitir la herencia al segundo, ó sea al heredero fideicomisario, pues puede muy bien suceder que el testador asigne á aquél en propiedad una parte de la herencia, ó to-

da ella por un tiempo determinado, aunque con la obligación de que llegado el plazo ó término fijado, ó no pudiendo ó queriendo ser heredero el fiduciario, lo sea el fideicomisario, y en este caso resulta la existencia de una verdadera sustitución. Pero como para nosotros es lo menos la cuestión de nombre, y lo que más nos importa es conocer los efectos legales que la institución en si produce, según los dictados de la Ley civil positiva, pasamos desde luego á estudiar las disposiciones de esta, no sin antes hacer algunas indicaciones de carácter histórico acerca de lo que la sustitución fideicomisaria ha sido en los pasados tiempos.

Precedentes históricos de la sustitución fideicomisaria.— Nació la sustitución fideicomisaria en Roma, cuyas leyes la inventaron para de ese modo eludir el rigorismo de los principios que en aquel pueblo regían respecto á la capacidad para heredar. En muchos casos no era posible que la herencia llegara *directamente* á la persona que el testador quería, por no tener la llamada testamentifacción pasiva, y para conseguir que los deseos del testador se cumplieran sin necesidad de atacar de frente á las disposiciones legales, se inventó el recurso de la sustitución fideicomisaria, que por su naturaleza y efectos tuvo al principio un carácter excepcional, dependiendo su cumplimiento de la voluntad y buena fé del instituido; pero elevada más tarde esta institución á la categoría de institución legal, adquirió el carácter de disposición obligatoria, resultando que la vulneración de las leyes, que en un principio solo fué motivada por las costumbres, llegó á consentirse por derecho, siendo en muchos casos imaginaria la declaración de incapacidad para suceder por testamento, pues cuando se quería que un incapaz heredase se instituía por heredero á otro que fuera capaz, con el *encargo ó ruego* de que entregara la herencia á aquél otro sujeto cuya incapacidad hacía que no pudiera ser instituido heredero directamente.

Cuando las sustituciones fideicomisarias eran solo institución consuetudinaria en Roma, no siempre se conseguían los fines que para admitirlas se tuvieron presentes; porque como el heredero fiduciario nada iba ganando, y en cambio contraía no pocas obligaciones si aceptaba el encargo, los fideicomisos quedaban

en muchos casos sin efecto alguno, por no adir la herencia el fiduciario, y para evitar esto se dictaron algunas disposiciones, que al propio tiempo que elevaron el fideicomiso á institución jurídica, hicieron más apetecible el cargo de fiduciario, quedando más garantidos los intereses del fideicomisario; pues se declaró que el fiduciario no contraía responsabilidad alguna por el hecho solo de la aceptación, porque *ipso jure* se transmitían los derechos al fideicomisario, y aquél recibía como premio por la aceptación la cuarta parte de la herencia: (cuarta Trebeliánica).

En nuestro Derecho civil patrio se estudiaron las sustituciones fideicomisarias desde que don Alfonso el Sabio copió la institución de las leyes romanas, debiendo observar que ningún otro Código anterior al de las Partidas se ocupó de ella. Una vez admitidas las sustituciones fideicomisarias en nuestras leyes civiles tuvieron bastante arraigo, y aun no existiendo la necesidad á que debieron su origen y siendo contrario á ellas el espíritu de ciertas leyes, la práctica las admitió, siendo necesario que llegaran los tiempos modernos, en los que, para cortar las consecuencias del abuso, se han dado disposiciones contrarias á la institución de los fideicomisos.

La forma distintiva de los fideicomisos era la restitución de la herencia, que el fiduciario hacía al fideicomisario, bien que tal restitución no era preciso que se expresara por el fideicomitente ó testador en sentido de ruego ó encargo, como al principio sucedía, sino que de igual modo podía mandarse ó exigirse del fiduciario; y la cláusula en que la restitución se expresaba podía ser pura, condicional ó á término.

Las Leyes de Partida reconocieron al heredero fiduciario el derecho á la cuarta parte de la herencia que por leyes romanas se le concedió (cuarta Trebeliánica), siempre que no la tuviese salva por disposición del testador; pero con la obligación de adir la herencia. Así sucedía, que la restitución de la herencia se limitaba á las tres cuartas partes de la misma, á cuya cuantía se extendían únicamente los efectos de la disposición testamentaria, en cuanto á la relación del testador con el heredero fideicomisario, quedando la otra cuarta parte á favor del fiduciario;

debiendo imputarse en esta parte los frutos que hubiera percibido de la herencia y cuantas cosas el testador le hubiese dejado por vía de manda.

Los principios establecidos por las Leyes de Partida fueron modificados posteriormente, sobre todo en el punto referente á la necesidad que el fiduciario tenía de adir la herencia, pues tal obligación quedó próscrita por la Ley I, tít. 18, lib. X de la Nueva Recopilación, la cual dispuso, que si el heredero no quería aceptar la herencia, el sustituto ó sustitutos pudieran adirla directamente, percibiéndola íntegra en tal caso.

Por último, la Ley de 11 de Octubre de 1820, no se contentó con modificar los principios de las leyes históricas en materia de fideicomisos, sino que los suprimió; si bien la forma que para ello empleó hiciera nacer dudas y cuestiones acerca de si la derogación se hizo en un sentido absoluto para toda clase de fideicomisos ó solo para los llamados temporales.

El Sr. Morató sostiene que la derogación de los fideicomisos se limitó á los perpetuos, no obstante decirse en el art. 1.º de la mencionada ley: *quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualesquiera otra especie de vinculaciones...*; y afirmase en el 14, que *nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por vía de mejora, ni por otro título ni pretexto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía, ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes ó derechos, ni prohibir directa ni indirectamente su enajenación.....*

En defensa de su afirmación alega el autor citado las siguientes razones: 1.ª Que si bien la ley de desvinculación usa la voz fideicomiso, atendido su objeto bien manifiesto de desvincular la propiedad, debe entenderse de los perpetuos, que son las verdaderas vinculaciones, no de los temporales que no tienen ese carácter: 2.ª Porque indica la misma ley que este es el verdadero sentido en que en ella se toma la palabra fideicomiso, pues á renglón seguido se añade, *ú otras vinculaciones*: es decir, que las instituciones de que antes ha hablado son vinculaciones propias, no fideicomisos temporales: 3.ª Porque esta palabra fué empleada por los legisladores del año 1820 con el objeto de que

En ninguna de las varias provincias de España pudiese quedar subsistente vinculación alguna, ora se la conociese con el nombre de mayorazgo, ora con el de fideicomiso ú otro diferente; como sucedía, por ejemplo, en todo el Principado de Cataluña, en que las vinculaciones no eran designadas con la voz mayorazgo, sino con las de vínculo ó fideicomiso. Si expresamente no se hubiese mencionado esta en la ley citada, con razón ó sin ella hubiérase podido cuestionar, si su prohibición ó derogación los comprendía, tanto más cuanto que entre los *fideicomisos* de Cataluña y los *mayorazgos* de Castilla había algunas diferencias importantes: 4^a y finalmente, porque tal ha sido constantemente la inteligencia de nuestros Tribunales, y aun la del legislador, quien en la Ley de 23 de Mayo de 1845 trata de los fideicomisos temporales, como institución existente, al declarar el pago del derecho que el Tesoro ha de percibir por razón de los mismos, y lo propio resulta de otras disposiciones posteriores, en especial de la novísima Ley hipotecaria.

Esta misma doctrina fué sostenida por el Tribunal Supremo, al decir en Sentencia de 21 de Diciembre de 1867, que la Ley de 11 de Octubre de 1820, al suprimir los mayorazgos, fideicomisos y toda clase de vinculaciones, no comprendió los fideicomisos temporales y enajenables, sino los perpetuos ó vinculares.

Aun aceptando la doctrina expuesta por el ilustrado autor á que nos hemos referido, siempre resulta cierto que la institución de los fideicomisos recibió un rudo golpe con la Ley de 1820, sin duda porque el espíritu de la época era contrario á toda clase de vinculaciones, con las cuales se propuso concluir, como asimismo la de 23 de Mayo de 1845; tendencia que se reproduce después en 1851, suprimiéndose en el proyecto del Código Civil de dicho año toda clase de fideicomisos; hasta que en la actualidad se han declarado subsistentes los temporales y proscritos los perpetuos, pues al decir del art. 781 del vigente Código «las instituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita á un tercero el todo ó parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, ó que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo

del fallecimiento del testador»; disposición que confirma el artículo 787 diciendo: «la disposición en que el testador deje á una persona el todo ó parte de la herencia, y á otra el usufructo, será válida, pero si llamase al usufructo á varias personas, no simultánea, sino sucesivamente, se estará á lo dispuesto en el art. 781.

Carácter que en la actualidad tiene la sustitución fideicomisaria.

—De lo dicho anteriormente se deduce, que si la institución de los fideicomisos se mantiene en la actualidad no obedece á otra razón que al respeto que en todo caso se debe á la voluntad del testador; pero que se aceptan solo en su condición de temporales, quedando prohibidos en absoluto los fideicomisos perpetuos. Así lo enseñan las disposiciones legales antes apuntadas, y los números 2º y 3º del art. 785 del mismo Código Civil, al decir que las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, no surtirán efecto, fuera del límite señalado en el art. 781; y que las que impongan al heredero el encargo de pagar á varias personas, sucesivamente, más allá del segundo grado, cierta renta ó pensión, tampoco producirán efecto. Es decir, que los modernos legisladores han querido prohibir en todo caso los llamados fideicomisos perpetuos.

Pero la particularidad que hoy más distingue á las sustituciones fideicomisarias, es la referente á la obligación que el fiduciario tiene de entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa (1); adquiriendo el fideicomisario el derecho á la sucesión desde la muerte del testador ó fideicomitente, aunque muera antes que el fiduciario, en cuyo caso pasará el derecho á sus herederos (2); porque en las herencias fideicomisarias, lo mismo que en las directas, el derecho del heredero nace en el momento en que ocurre el fallecimiento del testador, y este derecho es transmisible á los nuevos herederos si la muerte del primero tiene lugar sin haber repudiado la herencia. Pero esto no quiere decir

(1) Párrafo 2º del art. 783 del Código Civil.

(2) Art. 784 de id. id.

que el heredero fiduciario tenga que entregar en todo caso, *inmediatamente*, la herencia al fideicomisario, porque puede suceder que el testador le haya facultado para retenerla por algún tiempo, en cuyo caso debe respetarse la voluntad del fideicomitente. Esta disposición deroga expresamente el derecho del fiduciario á la llamada cuarta Trebeliánica.

Capacidad legal del fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.—

Siendo hoy entre nosotros el fideicomiso una institución legal, bien que solo admitido en su carácter ó condición de temporal, necesariamente han de tener capacidad legal para que sea válido las tres personas que como directamente interesadas aparecen en él; capacidad que no será otra distinta de la en general exigida para la testamentifacción activa y pasiva. Así, pues, para que la sustitución fideicomisaria produzca efectos legales, es preciso que el fideicomitente tenga capacidad para testar, según los principios que en su lugar explicamos; y el heredero fiduciario, lo mismo que el fideicomisario, tendrán la capacidad necesaria para recibir por testamento, esto es, tendrán la llamada testamentifacción pasiva, siendo nula la sustitución en caso contrario; porque sabido es que la Ley positiva considera como nula toda disposición testamentaria hecha á favor de un incapaz, aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso ó se haga á nombre de persona interpuesta.

Forma y condiciones propias de la sustitución fideicomisaria.—

Como el espíritu que informa la legalidad vigente es contrario á los fideicomisos, y por solo la razón antes apuntada los admite, no han querido los autores del nuevo Código dejar al testador ó fideicomitente facultad para que ordene en la forma que quiera la sustitución fideicomisaria, sino que le impone la obligación de que lo haga en forma expresa, y al efecto dice el párrafo 1º del artículo 783 del mencionado Código, que para que sean válidos los llamamientos á la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos; añadiendo en el número 1º del art. 785 que no surtirán efecto las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándola este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes á un segundo heredero.

Por otra parte, si las sustituciones fideicomisarias se admiten hoy, es á condición de que en ningún caso graven la legítima; porque si otra cosa se admitiera podría resultar vano é ilusorio el derecho de los llamados herederos forzosos. Si recayeren sobre el tercio destinado á mejora, solo podrán hacerse en favor de los descendientes.

Las sustituciones fideicomisarias pueden ser ordenadas, lo mismo que las instituciones directas de heredero, en forma pura ó condicional; nombrando á un solo heredero fiduciario y un solo fideicomisario, á varios de cada clase, ó á uno sólo de una clase y varios de otra; y las condiciones que admiten las sustituciones fideicomisarias son las mismas que dejamos explicadas al hablar de la institución de heredero condicional. Pero además puede el fideicomitente imponer al heredero la obligación de invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantas, ó en favor de los pobres ó de cualquiera establecimiento de beneficencia ó de instrucción pública, bajo las condiciones siguientes: 1^a Si la carga se impusiese sobre bienes inmuebles y fuere temporal, el heredero ó herederos podrán disponer de la finca gravada, sin que cese el gravámen mientras que su inscripción no se cancele. 2^a Si la carga fuere perpétua, el heredero podrá capitalizarla é imponer el capital á interés con primera y suficiente hipoteca. 3^a La capitalización é imposición del capital se hará interviniendo el Gobernador civil de la provincia y con audiencia del Ministerio público. 4^a En todo caso, cuando el testador no hubiere establecido un orden para la administración y aplicación de la manda benéfica, lo hará la autoridad administrativa á quien corresponda con arreglo á las leyes (1).

Causas porque se extingue la sustitución fideicomisaria.—Las causas extintivas de la sustitución fideicomisaria pueden clasificarse en generales y especiales, siendo las primeras las que producen la nulidad ó revocación de los testamentos ó de la institución de heredero, y las segundas las marcadas en el art. 785 del

(1) Art. 788 del Código Civil.

Código Civil, ó sea, cuando la sustitución no se hace de una manera expresa; cuando contenga prohibición perpetua de enajenar, ó temporal fuera del límite explicado; cuando se diga que el heredero pague alguna pensión ó renta á varias personas, más allá del segundo grado; y cuando por ellas se dejan bienes para que se apliquen según instrucciones reservadas.

Legislación foral sobre sustituciones

Cataluña.—Conócense en Cataluña las mismas cuatro clases de sustitución que hemos estudiado en Castilla, y además una forma especial de sustitución llamada *mixta*, por ser compuesta de la vulgar y de la fideicomisaria; manera de sustituir que se aplica con especialidad entre individuos de una misma familia, y que tiene lugar cuando el padre, disponiendo de las tres cuartas partes de la herencia que forman la porción de libre disponibilidad, instituye en ellas por heredero á uno de los hijos y le nombra por sustituto á otro hijo, para el caso de que el primero muera sin descendencia legítima; otro para si este último tampoco la tiene, y así sucesivamente con relación á otros hijos, y siempre bajo la misma condición.

Como se observa, esta sustitución tiene en parte el carácter de la *vulgar*; pero difiere de ella, porque el sustituto puede llegar á percibir la herencia aun en el caso de que el instituido la haya aceptado y disfrutado por algún tiempo; y se asemeja también en algo á la fideicomisaria, en cuanto puede haber traspaso de la herencia en forma sucesiva entre el instituido y los sustitutos; pero se diferencia de ella en que ninguno de los llamados puede decirse que es heredero fiduciario. Por estas razones la llaman los tratadistas sustitución *mixta*; sin que falte tampoco quien le llame sustitución vulgar *in fideicomiso*.

Hecha esta indicación, y para proceder con el mejor orden, vamos á estudiar las otras especies de sustitución antes de entrar

á exponer los principios porque se rige la llamada sustitución mixta ó vulgar *in fideicomiso*.

A) *Sustitución vulgar*.—En realidad no presenta la sustitución *vulgar* según el Derecho de Cataluña grandes ni esenciales diferencias con relación á la de su misma clase explicada en el llamado Derecho de Castilla, pues son fundamentalmente iguales las causas á que obedecen, las formas de hacer el nombramiento y los efectos legales que tal sustitución produce en uno y otro territorio, por lo que dice relación á los bienes y al número de instituidos y sustitutos, pues pueden serlo en todas las combinaciones explicadas para Castilla.

B) *Sustitución pupilar*.—El concepto que de la sustitución pupilar puede darse, según la legislación de Cataluña, es el mismo que consignado dejamos al hablar de este mismo punto en el llamado derecho común, y los principios porque se rige tampoco discrepan esencialmente; porque si bien es cierto que tiene adoptado, en principio, la Legislación romana para las sustituciones, también lo es que en lo referente á la *pupilar* se separa de ella en los particulares que no la halló conforme con los principios de la más estricta justicia y equidad. Tal sucede en lo referente á la clase de bienes que correspondían al sustituto pupilar, cuando el padre nombraba para este cargo á un extraño; pues según la Legislación romana dicho sustituto excluía á los parientes maternos del sustituido, privando hasta la misma madre de la legítima correspondiente en los bienes del hijo; y las leyes de Cataluña resolvieron, con buen acuerdo, que en el caso de referencia los bienes que el pupilo tuviera procedentes del padre ó parientes paternos, volviesen á la misma clase de parientes, y que los procedentes de la línea materna los heredaran los parientes á ella pertenecientes dentro del cuarto grado; y para conseguirlo más eficazmente se impuso al testador la obligación de nombrar sustitutos pupilares á los parientes maternos para los bienes de dicha procedencia, quedando al mismo tiempo salvada con esto la legítima de las madres en la herencia de los hijos.

C) *Sustitución ejemplar*.—Esta clase de sustitución no pre-

senta ninguna particularidad, por lo cual no nos paramos á exponer las reglas porque se rige.

D) *Sustitución fideicomisaria*.—La sustitución fideicomisaria en Cataluña, cuyo concepto es el mismo que consignado dejamos hablando de esta sustitución según el Derecho de Castilla, es la que presenta más particularidades, rigiéndose en sus principios por el Derecho romano, completado con algunas disposiciones del Derecho canónico.

Esta sustitución, conocida más comunmente con el nombre simple de fideicomisos, ha tenido siempre en Cataluña una grandísima importancia, ora por el carácter familiar de los fideicomisos, ora porque á ellos se prestaba la mayor libertad para disponer de los bienes *mortis causa*; llegando hasta el extremo de ser libre en un principio la fundación de fideicomisos en Cataluña, pues hasta la Real Pragmática de D. Carlos III de 28 de Abril de 1789, ni era necesario obtener real licencia para la fundación, ni tampoco tenía intervención alguna el Poder público en la formalización de las vinculaciones.

Los fideicomisos podían ser puros ó condicionales, expresos ó tácitos y temporales ó perpetuos, cuyos conceptos son los derivados de sus mismos nombres, sin que estimemos de necesidad exponerlos. Unicamente diremos, que según el Sexto de las Decretales, la prohibición de enajenar impuesta en testamento á favor de una familia ó persona determinada constituye un fideicomiso tácito, como igualmente la prevención hecha por el testador á su heredero de que teste en favor de una persona, ó de que solo pueda testar en caso de no tener hijos; presumiéndose que en caso de duda la sustitución es vulgar y no fideicomisaria.

Los fideicomisos perpetuos en Cataluña fueron objeto de una serie de limitaciones, hasta que por fin se vieron suprimidos por las leyes de desvinculación dictadas desde el año 1820. Primeramente aquella libertad que en un principio gozaban los fundadores se vió limitada por la Pragmática de D. Carlos que antes citamos, en la cual se exigieron como requisitos precisos de toda fundación la real licencia, el respeto á las legítimas, merecimientos propios de la familia y una renta que no había de bajar de tres

mil ducados, siendo nulos los fideicomisos fundados con prescripción de estos requisitos (1).

Suprimidos según dejamos dicho los fideicomisos perpetuos, solo nos importa estudiar los temporales, cuyos principales efectos son los referentes al fiduciario para detraer su legítima, las mejoras que en los bienes hereditarios hubiere hecho y en su caso la cuarta Trebeliánica, y á la obligación de restituir la herencia al fideicomisario en los términos fijados por el testador, y en su defecto, con arreglo á derecho.

El fiduciario que sea hijo del testador puede deducir su legítima, y aun detraer la cuarta Trebeliánica, y asimismo podrá hacer la deducción del importe de las mejoras que haya realizado en los bienes hereditarios, siempre que se acredite la existencia de tales mejoras.

Respecto á la detracción de la cuarta Trebeliánica hay que observar, que no es un derecho que corresponda siempre y en todo caso al heredero fiduciario, pues se exceptúa el caso en que el testador la hubiera prohibido expresamente, y aquel en que el fideicomiso procede de un contrato (2); y que para que el heredero pueda hacer efectivo su derecho á la *cuarta* en los casos que le corresponde, es necesario que haga con las debidas formalidades el inventario de todos los bienes hereditarios, y el capital del que ha de deducir dicha *cuarta* es el remanente después de pagadas todas las deudas y los gastos de enfermedad, entierro, funeral y pago de legados píos.

(1) Hubo dudas en un principio sobre si dicha Pragmática tenia fuerza legal de obligar en Cataluña, y se declaró la afirmativa por Real orden de 16 de Octubre de 1830.

(2) Según los intérpretes del Derecho catalán no son solas las dos causas dichas las que prohiben de detracción de la cuarta Trebeliánica, sino que de algunas de sus disposiciones quieren deducir que producen el mismo efecto el hecho de ser fideicomisario la causa ú obra pía por la que se constituye el fideicomiso; el percibir el fiduciario una cosa determinada de la herencia por voluntad del testador; el constituirse el fideicomiso sobre parte específica de la herencia; y el ser obligado el heredero á la aceptación de la herencia.

La entrega que el fiduciario ha de hacer al fideicomisario de los bienes en que consista el fideicomiso, se efectuará en el tiempo y con las condiciones determinadas por el testador; y por lo que respecta á la percepción de frutos, habrá que distinguir entre los pendientes y los percibidos, correspondiendo estos al fiduciario y fideicomisario en proporción al tiempo en que ha de restituirse el fideicomiso.

E) *Sustitución mixta*.—Es como dejamos dicho esta sustitución una modalidad de las sustituciones vulgar y fideicomisaria, nacida de la costumbre que los testadores tienen en Cataluña de instituir heredero á uno de sus hijos, que por lo general suele ser el primero, y para el caso de que muera sin hijos ó que teniéndolos mueran antes de la edad de poder testar, instituyen al segundo y siguientes en los mismos términos y bajo la misma condición. Por los términos en que el llamamiento se hace, dicese que los nietos del testador (hijos del heredero) son *puestos en condición*, porque de la existencia de tales nietos con capacidad para testar por razón de edad, depende como de cosa incierta el que tenga ó no lugar el llamamiento de los otros hijos nombrados en orden para la sustitución.

Los efectos que el llamamiento así hecho produce son muy distintos, por lo que á los bienes respecta, según los distintos estados en que puede hallarse el primeramente llamado á la herencia. Si éste muere sin hijos pasan los bienes al sustituto. Si sobrevive al testador y después fallece con hijos capacitados para testar, los bienes pasan á los herederos del instituido y no al sustituto, porque en tal caso falta la condición bajo la cual se supone éste llamado en segundo lugar: y se dice *á los herederos del instituido* y no *á sus hijos*, porque el padre no está obligado á dejar la herencia como heredero fiduciario á sus hijos puestos en condición, sino que, por el contrario, puede disponer de los bienes como le plazca. Y, por último, si el instituido sobrevive al testador, pero muere con hijos que no han llegado á la edad de testar, el fideicomiso queda como en suspenso, y la herencia será, en definitiva, del sustituto ó de los herederos del instituido según éste muera antes ó después de llegar á la edad requerida para testar.

Aragón.—La legislación de Aragón presenta en materia de sustitución la particularidad de no estudiar más que dos de las clases que en Castilla y Cataluña hemos señalado, cuales son: la vulgar y la fideicomisaria. No se conocen la pupilar y la ejemplar, como necesaria consecuencia de las doctrinas en dicho territorio sustentadas en punto á la llamada patria potestad.

A) *Sustitución vulgar.*—Esta se rige en Aragón por los principios generales que explicados quedan al hablar de ella en el llamado derecho común ó de Castilla; teniendo solo como doctrinas especiales el Derecho aragonés, en opinión del Sr. Gutiérrez, unas muy contadas reglas contenidas en los Fueros 4º y 5º, *de testamentis*, y en la Ordenanza 2ª, *de rebus vincularis*.

La sustitución vulgar ha de hacerse expresamente y puede ser ordenada en forma pura ó condicional. Si las condiciones son disyuntivas, basta por lo común el cumplimiento de una de las dos condiciones para que la sustitución tenga efecto; pero por excepción para el caso en que el instituido tenga hijos legítimos, tiene establecido el Derecho aragonés, que éstos no serán postergados, y la sustitución solo producirá efecto cuando todas las condiciones se hayan cumplido.

Cuando el padre nombra heredero de ciertos bienes á un hijo, y otros le son dejados como legatario ó donatario, nombrándole un sustituto para todos, la sustitución dura solo veinte años respecto de los bienes en que fué instituido heredero, y es perpetua en los demás.

Si un testador nombra heredero, y ordena que los bienes de abolengo pasen á su muerte á sus parientes más cercanos, debe entenderse llamado el pariente más próximo en grado, á la muerte del testador, correspondiente á la línea de que procedan los bienes.

B) *Sustitución fideicomisaria.*—Esta clase de sustitución, posible hoy tan solo en lo referente á fideicomisos temporales, presenta en Aragón diversidad de formas; esto es, que el fideicomiso puede ser de seis clases: puro ó condicional, legal ó voluntario, y universal ó particular.

Llábase fideicomiso puro aquel en cuya fundación no se im-

pone condición alguna que haya de cumplirse para que el fideicomiso produzca todos y cada uno de sus efectos legales; sino que muerto el instituido le suceden los sustitutos por el orden en que fueron llamados por el testador.

Es fideicomiso temporal, aquel cuya existencia y efectos legales dependen del cumplimiento de la condición impuesta por el fundador.

El fideicomiso es legal cuando se funda en la participación que la ley concede en el dominio de alguna cosa, como sucede con la que el Fuero atribuye á los coherederos en los bienes consorciales.

Dícese que el fideicomiso es voluntario cuando se constituye por expresa disposición del hombre, ora lo haga en testamento, ora en capitulaciones matrimoniales, ora por contrato; y cuando se dude sobre la persona del fideicomisario deberá ser fortalecido el juramento del fiduciario por cualesquiera otra conjetura ó medio probatorio: si dicha persona es incierta podrá probarse por declaración de dos testigos, y el designado, en su virtud, podrá accionar en juicio que no sea ejecutivo ó privilegiado. En todo caso, el fiduciario debe manifestar en juicio, ó fuera de él, los bienes que ha de restituir al fideicomisario, siempre que el fundador no le haya dispensado de esta formalidad.

Llábase fideicomiso universal, aquel que, como su mismo nombre indica, comprende los bienes todos de la herencia; y presenta la particularidad de que constituido bajo condición ó á plazo, no se transmiten los bienes en que consiste por la muerte del fideicomisario ocurrida antes del cumplimiento de la condición ó de ceder el día.

Por último, se dice que el fideicomisario es singular, cuando se constituye sobre una cosa especial y determinada, ó sobre la restitución de una ó varias cosas sin instancias ni acciones.

Navarra.—Las sustituciones hereditarias se rigen en Navarra por las doctrinas del Derecho romano, en cuanto á sus requisitos, naturaleza y efectos, por ser el derecho que admitido tiene como supletorio dicho territorio; si bien para algunos pun-

tos existen leyes especiales, dictadas para casos singulares, las cuales disposiciones puede decirse que en nada alteran el fondo general de su derecho.

Las clases de sustitución que las leyes de Navarra admiten son las mismas que dejamos estudiadas en el Derecho común, y los principios generales porque se rigen son análogos; razón por la cual solo vamos á indicar aquí las doctrinas verdaderamente especiales contenidas en las Leyes de la Novísima Recopilación de Navarra. Dichas particularidades se reducen á las siguientes: Instituido un heredero bajo condición de que muriendo sin descendencia le herede otro sujeto determinado, si el instituido profesa en orden religiosa, no es el Convento ó Monasterio el heredero, sino el sustituto; porque esta especial situación ó estado del instituido heredero hace que se le suponga como muerto sin descendencia.

Los hijos puestos en condición solamente, no se tienen por puestos en disposición ni llamados á la sustitución de los bienes, aunque haya una ó muchas conjeturas en su favor, sino cuando expresamente están llamados; porque el padre instituido puede, si otra cosa no ha dispuesto el testador de una manera expresa, disponer de los bienes en que sucede, sin que los hijos tengan respecto á ellos el carácter de herederos forzosos.

Vizcaya.—El Fuero de Vizcaya no contiene disposición alguna especial por lo que á las sustituciones hereditarias se refiere, estando por tal razón vigentes para aquel Señorío las doctrinas que dejamos explicadas al hablar de esta materia según el Derecho civil común; pues sabido es que este debe tenerse como supletorio.

DOCTRINA LEGAL

Art. 774 Puede el testador sustituir una ó más personas al heredero ó herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, ó no quieran, ó no puedan aceptar la herencia.

La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, á menos que el testador haya dispuesto lo contrario.

Art. 775 Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos á sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad.

Art. 776 El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme á derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.

La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido ó después de haber recobrado la razón.

Art. 777 Las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores, cuando el sustituido tenga herederos forzosos, sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos.

Art. 778 Pueden ser sustituidas dos ó más personas á una sola; y al contrario, una sola á dos ó más herederos.

Art. 779 Si los herederos instituidos en partes

desiguales fueren sustituidos recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, á no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador.

Art. 780 El sustituto quedará sujeto á las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, á menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, ó que los gravámenes ó condiciones sean meramente personales del instituido.

Art. 781 Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita á un tercero el todo ó parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, ó que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

Art. 782 Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeren sobre el tercio destinado á la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes.

Art. 783 Para que sean válidos los llamamientos á la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos.

El fiduciario estará obligado á entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa.

Art. 784 El fideicomisario adquirirá derecho á la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará á sus herederos.

Art. 785 No surtirán efecto:

1° Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes á un segundo heredero.

2° Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el art. 781.

3° Las que impongan al heredero el encargo de pagar á varias personas sucesivamente, más allá del segundo grado, cierta renta ó pensión.

4° Las que tengan por objeto dejar á una persona el todo ó parte de los bienes hereditarios para que los aplique ó invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador.

Art. 786 La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará á la validez de la institución ni á los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria.

Art. 787 La disposición en que el testador deje á una persona el todo ó parte de la herencia, y á otra el usufructo, será válida. Si llamare al usufructo á varias personas, no simultánea, sino sucesivamente, se estará á lo dispuesto en el art. 781.

Art. 788 Será válida la disposición que imponga al heredero la obligación de invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes ó en favor de los pobres ó de cualquiera establecimiento de beneficencia ó de instrucción pública, bajo las condiciones siguientes:

Si la carga se impusiere sobre bienes inmuebles y fuere temporal, el heredero ó herederos podrán disponer de la finca gravada, sin que cese el gravamen mientras que su inscripción no se cancele.

Si la carga fuere perpetua, el heredero podrá capitalizarla é imponer el capital á interés con primera y suficiente hipoteca.

La capitalización é imposición del capital se hará interviniendo el Gobernador civil de la provincia y con audiencia del Ministerio público.

En todo caso, cuando el testador no hubiere establecido un orden para la administración y aplicación de la manda benéfica, lo hará la Autoridad administrativa á quien corresponda con arreglo á las leyes.

Art. 789 Todo lo dispuesto en este capítulo respecto á los herederos se entenderá también aplicable á los legatarios.

APLICACION PRACTICA

Si en un testamento se establece una designación de personas, no limitada, que hayan de suceder al testador á perpetuidad en determinados bienes, tal forma de institución constituye una verdadera *institución vincular*, caracterizada por la prohibición de enajenar dichos bienes, impuesta á los sucesores, siendo consiguientemente nulas las cláusulas en que se establece, por ser disposición prohibida por las leyes. (Sent. de 8 de Mayo de 1894).

Nombrado sustituto vulgar el que sea Director de una determinada Sociedad en el momento que el instituido no acepte la herencia, tal sustituto es persona cierta y no ignorada, aunque haya cambiado su título por el de Presidente, al cual se refiere dicha sustitución, no como persona particular, sino como tal Director ó Presidente de la Sociedad, siendo esta en realidad la heredera. (Sent. 21 de Enero de 1895).

Estando facultados los padres en Navarra para testar á nombre de sus hijos incapacitados, y admitidas las sustituciones en personas extrañas, á falta de descendientes ó hermanos del incapacitado, no puede anularse la cláusula testamentaria hecha en tal forma, por haber premuerto el sustituto ejemplar nombrado; porque según la Ley I, tít. 13, lib. III de la Novísima Recopilación de Navarra, los hijos y descendientes de los sustituidos y llamados á la sucesión de bienes, que murieran antes que los primeros llamados, entran en lugar de sus padres y ascendientes, como si ellos viviesen, representándolos. Si el testador y el instituido de cuya sucesión se trate son navarros, no obsta que sean castellanos los sustitutos y sus ascendientes para que les asista el derecho de representación referido, todo vez que el vigente Código Civil determina, que en lo referente á los derechos sucesorios y validez intrínseca de una disposición testamentaria, se regirán por la Ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate. (Sent. 18 de Septiembre de 1894).



CAPITULO XVIII

De las legítimas



ESTUDIADAS en Capítulos precedentes las cuestiones que dicen relación á la capacidad para suceder por testamento y sin él, y al modo de hacer el testador el llamamiento de sucesor, cúmplenos estudiar ahora lo referente á las facultades atribuidas al hombre para disponer de sus bienes *mortis causa*, por lo que respecta al tanto de su fortuna de que libremente y sin traba alguna puede desprenderse por actos de última voluntad; pues el derecho de disponibilidad que como consecuencia y complemento del derecho de propiedad explicamos anteriormente, hállase limitado por otras consideraciones fundadas en lo que por vínculos de la sangre es debido á determinadas personas, las cuales hallan establecida á su favor, por propio ministerio de la Ley positiva, una participación necesaria en la fortuna del testador, y de la cual no pueden ser desposeídos sino en virtud de causas taxativamente marcadas por la misma ley.

Concepto de la legítima.—Si en alguna ocasión la Ley positiva ha acertado á definir casi con exactitud completa lo que una institución es, ó por lo menos cómo se ha venido entendiendo en

todos los tiempos, ha sido, seguramente, al dar el concepto de lo que por legítima debe entenderse; pues quizá sin que el legislador se lo haya propuesto por modo directo, nos dá en el art. 806 del Código Civil vigente una idea de lo que la legítima es, que no pueden rechazarla con razón de verdad ni aun los más creyentes en la posibilidad de definir instituciones legales con observancia de todas las reglas lógicas. «Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley á determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.» Así dice el artículo de referencia, y así lo han venido entendiendo constantemente los expositores y tratadistas de nuestro Derecho civil, sin que á este concepto legal hayan agregado más que á lo sumo algún término accidental, de cuya explicación prescindimos en gracia á la brevedad, ya que creemos de mayor utilidad y conveniencia dedicar el tiempo á examinar con más detención otras cuestiones cuya mayor importancia sobre esta es bien manifiesta.

Juicio que á la crítica merece el derecho de legítima en general.

—No es unánime el juicio pronunciado por pensadores y tratadistas acerca de si la facultad de disponer de los bienes para después de la muerte debe ser absoluta, ó, por el contrario, debe reconocer límites en la Ley positiva; esto es, si debe existir la absoluta libertad de testar, ó debe admitirse el derecho de legítima: una y otra solución tienen sus más decididos defensores, y sus doctrinas han influido en los Códigos Civiles en uno ú otro sentido, según que sus autores hayan participado de una ú otra opinión. Las razones alegadas por unos y otros son múltiples, y en la imposibilidad de examinarlas todas, vamos á hacer una exposición, siquiera sea sumaria, de las alegaciones que como más generales se formulan en pró y en contra de la libertad de testar: no otra cosa nos permite la índole de nuestro trabajo, á cuyas exigencias deseamos siempre responder.

Los que defienden la libertad absoluta de testar se fundan principalmente en las razones siguientes: 1ª Si la testamentifaccción es consecuencia de la propiedad, el testador ha de usarla con igual libertad que le permiten las leyes para disponer por

otros medios de su fortuna. No se concibe—dicen—limitación sin menoscabo de aquel derecho, ni que obre como propietario el que en cierta parte de sus bienes tiene que reconocer un condominio. Declarar al padre dueño de sus bienes y negarle la facultad que tendría un hombre libre para disponer de ellos como quisiera, es hacerle de peor condición que un célibe, dar motivo á que se ponga en tela de juicio si los consuelos de la paternidad compensan las mil inquietudes que exige la educación de los hijos, las mil restricciones y cargas que imponen sus pretendidos derechos: 2ª La libertad absoluta de testar robustece el poder paterno, y es hoy más necesaria que nunca bajo este punto de vista, porque las ideas de emancipación han cundido tanto, que hay motivos para creer que la magistratura del padre está desprovista hoy de verdaderos medios coercitivos. Ya que no disponga de medios materiales de castigo que rechaza la misma debilidad de padre, por efecto del cariño, que tan opuesto es á las medidas de rigor; ya que se haya despojado de sus facultades con beneplácito de la ley, que, sin esfuerzo, ha comprendido que no puede ser magistrado el que tiene bastante con ser padre, no se le escatime el empleo de ciertos medios que aumentan su autoridad, sin comprometer la suerte de los hijos; medios que estimulan la incertidumbre por la esperanza, que obligan más que por temor del mal, por el aliciente de la recompensa. Los ascendientes y descendientes, dicen los Sres. Moret y Silvela, tienen grandes títulos á ser llamados, respectivamente, á la herencia, pero que no pueden estar gravados más que en el corazón con los caracteres de cariño y agradecimiento; y cuando el legislador convierte un deber moral en exigible, introduce en mayor ó menor grado una idea de desorganización en la familia. El respeto al jefe de la sociedad doméstica—siguen diciendo los ilustres escritores citados—disminuye á medida que sus derechos decrecen, y ninguna limitación produce tan funestos resultados como la que convierte al padre en mero usufructuario de sus bienes. En vano querrán otras disposiciones corregir ó amenguar sus efectos; en vano se darán al padre extensas facultades sobre el hijo, ya estableciendo el usufructo sobre sus peculios, ya sujetándole á su poder toda la

vida mientras no sea emancipado, ya impidiendo su matrimonio sin el paternal consentimiento: 3ª El reconocimiento de las legítimas por las Leyes positivas implica un agravio á todos los padres, por suponer que todos pueden faltar á los deberes que por ley moral tienen de hacer partícipes á sus hijos en sus bienes de fortuna; suposición que al decir del Sr. Nocedal es falsa, y choca con las leyes del mundo moral hasta un punto repugnante, entibiando el respeto del hijo; no solo por la consideración mezquina de que espera de la ley el caudal y no del padre, sino por la importantísima de que desde que nace ó tiene uso de razón sabe que la ley desconfía de quien á él le dió la existencia, y oyó hablar de ello á cada hora con ocasión de otras familias. Tal escuela no es propósito, en verdad, para infundir respeto ni confianza. Fuera de que puede suceder muy bien al hijo que en su infancia haya presenciado la muerte de sus abuelos y contemplado la lucha de su padre con sus tios, disputándose los bienes paternos como los tigres el pedazo de las entrañas palpitantes de su presa. De este modo va pervirtiéndose y desnaturalizándose el corazón filial, hasta llegar á ser todo lo contrario de lo que debiera, obligado por la ley de Dios á honrar padre y madre, y todo lo opuesto á lo que distingue á la familia cristiana, base, cimiento y modelo de la sociedad bien gobernada y regida.

Algunas otras razones suelen alegarse en defensa de la libertad de testar, pero las apuntadas resumen lo más importante de lo dicho en contra del derecho de legítima, y á ellas, por tanto, vamos á concretar nuestro examen para ver la justificación ó verdad que envuelven.

La primera de las razones dichas es consecuencia de haberse formado algunos un concepto exageradamente individualista del derecho de propiedad, y no es aceptable porque parte de un principio falso, cual es, el de suponer que el derecho de propiedad no reconoce limitación alguna, cosa que no es verdad ni en el terreno de los principios ni en el del Derecho positivo, pues sabido es que el tal derecho no es ni ha sido nunca tan libre que no haya estado condicionado en uno ú otro sentido, por unas ú otras razones. Todos los Códigos ó leyes de los pueblos civilizados tie-

nen señalado al derecho de propiedad individual un considerable número de limitaciones, ora sean impuestos por razón de utilidad pública, ora lo estén por consideraciones de higiene, de ornato, ó de defensa del territorio nacional. Entre nosotros vemos que una ley de expropiación forzosa nos limita el derecho de propiedad, como igualmente las desvinculadoras y desamortizadoras; y hasta las ordenanzas municipales, como oportunamente observa un moderno escritor, están cuajadas de limitaciones al derecho de propiedad individual. Y si tales limitaciones se imponen en nombre del interés social, ¿por qué no ha de admitirse que en el no menos sagrado de la familia se ponga alguna traba á la disponibilidad de los bienes para después de la muerte?

Que la absoluta libertad de testar robustece el poder paterno, es cosa que no puede asegurarse de una manera tan terminante como lo hacen sus defensores; y aun admitido como cierto resultará, que si el poderío que el padre tiene en el seno de la familia está solo fundado en la dispensación que de los bienes materiales puede hacer en su día, su autoridad se basa en pobre fundamento, porque pobre y miserable es la nota disciplinaria. La autoridad paterna creemos que debe hacerse respetable por más levantados motivos, y que si la conducta y los sentimientos de los padres no infunden mayor respeto en el corazón de los hijos que el que pueda infundir la mezquina consideración de poder ser en su día favorecidos con un puñado más de monedas, el orden doméstico no tiene una segura garantía. Además, que esto mismo puede conseguirse sin ser preciso llegar á la libertad absoluta de testar; porque quedando al padre cierta facultad, como hoy tiene, para mejorar, la sumisión y el respeto de los hijos por la miserable consideración del interés está asegurada.

Por último, es no menos inexacto que el reconocimiento de las legítimas por las leyes positivas implique agravio á todos los padres, por suponer que pueden faltar á los deberes que por la Ley moral tienen de ayudar á sus hijos con sus bienes de fortuna: lo que hacen las leyes en este caso es prever y evitar los abusos que algunos padres pudieran realizar, si desoyendo la voz de la na-

turalaleza torcieran su sentimiento de cariño hacia seres con los cuales no tuvieran otras relaciones que las nacidas al calor de ciertas pasiones nada santas ni moralizadoras. Para el padre que siempre está dispuesto á cumplir sus deberes familiares no supone nunca agravio el hecho de que la Ley positiva se los recuerde y haga cumplir, como no agravia á los hombres honrados que otra Ley positiva penal castigue con severas penas multiplicidad de hechos criminosos: marchan tan acordes sus deseos y los deseos de la ley, que no halla jamás un punto donde sienta contrariada su voluntad libre: para él, que cumpliría la ley aunque no estuviere escrita, ¿qué significa esa pretendida limitación? Pero las leyes, dice con razón hablando de esta cuestión un expositor de nuestro Derecho civil, no pueden menos de tomar en cuenta la desconfianza de que alguna vez el individuo no cumpla sus deberes y de que torciéndose su voluntad, sienta estímulos que le lleven á abusar de sus derechos, contrariando los principios de la moral y las leyes de la naturaleza: solamente cuando al padre agujijonean intereses bastardos, contrarios á aquellos sagrados intereses que se fundan en el vínculo de la sangre, es cuando echa de ver que la ley está allí, eterno freno de las pasiones, para recordarle los deberes de la paternidad. Y que ha habido siempre sobrada razón para temer tales abusos, y creencia de que solo por disposiciones de la Ley positiva han podido remediarse, nos lo enseña la misma Historia con sus elocuentes lecciones; pues se observa, como atinadamente expone el Sr. Gutiérrez, que si la testamentifacción nació de la misma manera que se conciben las instituciones en los pueblos primitivos, libre y entregada al arbitrio de los particulares, bien pronto su limitación fué el primer paso en la ciencia: prueba de ello es, que Roma, correspondiendo al sistema de gobierno de un pueblo guerrero, puso en un principio en manos de los jefes de familia una facultad absoluta en cuanto á disponer de sus bienes para después de la muerte; facultad que sancionó el famoso *uti legasset*. Pero cuando su civilización se perfeccionó y hubo necesidad de modificar las costumbres, se establecieron las legítimas, como medio más apropósito de señalar un límite á aquella facultad verdaderamente despótica.

El mismo ejemplo nos presenta el pueblo Godo, que no reconociendo tampoco limitación al derecho de testar en un principio, hizose más tarde necesaria, y fué publicada, una ley que impusiera trabas á la absoluta libertad de disponer de los bienes para después de la muerte.

En uno y otro pueblo de los dos citados, fueron los abusos los que produjeron la institución de las legítimas; abusos que si pudieron proceder de causas diversas, siempre producían el mismo efecto: la dilapidación de los fortunas. Las limitaciones se hicieron necesarias, porque traspasando los padres los prudentes límites de la racional facultad incurrieron en el abuso.

Concluiremos, pues, diciendo con el Sr. Gutiérrez, que no podemos menos de reconocer un fondo de justicia en la institución de las legítimas que florecen á distintas latitudes de civilización, que nace en la culta Roma y se arraiga entre las salvajes tribus de los hijos de los Getas, que sobrevive á los imperios, marcha con los siglos, y es ley en España, ley en Francia, y ley en otros muchos países civilizados.

Pero aun resuelta esta cuestión, todavía se presentan otras dos, como necesaria consecuencia del criterio que hemos adoptado, cuales son: personas á cuyo favor debe reconocerse derecho de legítima, y extensión que en cada caso debe darse á este derecho. Ambas cuestiones las estudiaremos á continuación, con ocasión del examen que vayamos haciendo de los preceptos del Código Civil en estos puntos, ya que nuestra Ley positiva, siguiendo el rumbo marcado por otros Códigos modernos, y fiel á las tradiciones de nuestro Derecho civil, ha sancionado el derecho de legítimas, bien que separándose en varios puntos de esas mismas tradiciones patrias, según tendremos ocasión de observar.

Personas á cuyo favor establece derecho de legítima la legalidad vigente y razones que lo justifican.—Dícese en el art. 807 del Código Civil, que son herederos forzosos: 1º Los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos. 2º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes legítimos respecto de sus hijos y descendientes legítimos. 3º El viudo ó viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos y el padre ó madre de éstos.

Aunque á primera vista parece que el preinserto artículo señala todas las personas que tienen derecho de legítima, no es así; en verdad, porque no comprende á los hijos legitimados, los cuales tienen también el concepto de herederos forzosos, ya tenga lugar la legitimación por subsiguiente matrimonio, ya se efectúe por concesión Real; si bien la porción hereditaria de los legitimados por este último procedimiento no excede de la tercera parte de la herencia. Solo puede tomarse como verdad completa lo preceptuado en el artículo de referencia, si el concepto de hijos legítimos por él empleado comprende igualmente á los que hayan obtenido la legitimación; pero como esto no sucede así, sino que cada denominación expresa un concepto diferente, creemos de necesidad hacer esta aclaración, que completa el contenido del art. 807, á que nos venimos refiriendo, como resultado de combinar el estudio de las disposiciones de la Ley positiva; pues el art. 122, también del Código Civil, establece que los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio disfrutarán de los mismos derechos que los hijos legítimos, y el 844 preceptúa que la porción hereditaria de los legitimados por concesión Real será la misma establecida por la ley en favor de los hijos naturales reconocidos.

Si comparamos lo que la vigente Ley positiva establece al determinar las personas que tienen derecho de legítima con lo que en este punto ordenaba el Derecho histórico, se observa que la Ley nueva ha operado un gran cambio, admitiendo como herederos forzosos á personas que antes no lo eran y eliminando de este concepto á otras que siquiera por modo circunstancial vinieron mereciendo tal consideración por mucho tiempo. Eran herederos forzosos por nuestro antiguo Derecho *los descendientes, los ascendientes y los hermanos*: éstos últimos en el especial caso de ser postergados en testamento á una persona torpe. Los descendientes que tenían acreditada legítima eran: en la herencia del padre los hijos legítimos, los legitimados por subsiguiente matrimonio y los putativos, por producir para ellos el matrimonio todos los efectos civiles: en defecto de los mencionados descendientes eran llamados á la sucesión los hijos legitimados por

réscripito del Rey, y en último término, los adoptivos: los hijos naturales no eran considerados como herederos forzosos, y únicamente podían ser instituidos como *voluntarios* por el padre en la parte de libre disposición, dejando siempre á salvo los derechos de legitima de los descendientes ó ascendientes, si los tenía. En la sucesión de la madre, y por consideración al principio de que ésta es siempre cierta, mejoraba la condición de los hijos ilegítimos, en especial de los llamados naturales y espúreos, los cuales se estimaban como herederos forzosos de la madre en defecto de hijos y descendientes legítimos, siempre que no fuesen de los que la ley llamaba de *dañado y punible ayuntamiento*.

A falta de *descendientes* eran considerados como herederos forzosos, esto es, tenían reconocido derecho de legitima, los *ascendientes legítimos* por su orden y línea derecha, según expresaba la Ley VI de Toro; términos de la ley que fueron interpretados en el sentido de excluir de tal derecho á cuantos no tuvieran la condición de *legítimos* (1).

Por último, según nuestro antiguo Derecho civil, podían los hermanos tener algún derecho á la herencia de los suyos con preferencia á otras personas: tal sucedía en el caso de ser postergados á una persona torpe instituida heredera. Este derecho fué reconocido por la Ley XII, tít. 7º de la Partida VI, cuya disposición dió lugar en la práctica á varias dificultades, sobre la clase de hermanos á que había querido referirse; dificultades que quedaron resueltas en el sentido de que debiera entenderse llamados solo los legítimos, por creer que la palabra *hermanos*, única que la mencionada ley empleaba, se debía entender aplicada en su genuina significación, y por el principio de que no distinguiendo la ley no deben admitirse distinciones.

De la sumaria indicación que acabamos de hacer respecto á

(1) Hay que advertir, que según la Ley X de Toro, que después se comprendió en la Novísima Recopilación con el núm. 6 en el tít. 20, libro X, existía un caso en que no teniendo el testador descendientes podían verse privados de legitima sus ascendientes; tal sucedía cuando dicho testador tenía hijos naturales, á quienes, si quería, podía dejar todos sus bienes.

las personas que por Derecho antiguo tenían reconocida porción legítima, pueden deducirse las diferencias que en este punto ha introducido el nuevo Código Civil, comparando los principios de aquel con el precepto de este, que reproducidos dejamos.

¿Cuáles son las razones que justifican el derecho de legítima en cada uno de los órdenes indicados?

Cuestión es esta sobre la cual se ha escrito mucho y se ha divagado no menos. Nosotros nos vamos á ocupar de ella solo por no dejar incompleto nuestro estudio, si bien nos proponemos exponer sumariamente las razones más generales que, como fundamento de este derecho, pueden alegarse en cada caso.

Reconócese derecho de legítima en primer lugar á los descendientes, por ser los más íntimamente unidos por vínculos de sangre con el causante de la herencia, por propia ley de naturaleza: son los primeros acreedores á la protección de aquellos á quienes deben su existencia; ley de tan imperioso cumplimiento, que donde quiera que los hombres han faltado á ella, se ha levantado el mandato del legislador humano recordándola. Fúndase, pues, el derecho de legítima de los descendientes, en el deber que los ascendientes tienen de velar y cuidar por sus descendientes, facilitándoles á la hora de su muerte algún recurso que les sirva de protección contra las eventualidades del porvenir. Y como este cuidado y protección es reclamado con igual razón por los hijos legitimados que por los que siempre gozaron de la condición de legítimos, de aquí que con razón conceda la Ley positiva iguales derechos á unos que á otros, si la legitimación tuvo lugar por subsiguiente matrimonio, y en menor cuantía si por concesión Real.

Siguiendo el orden marcado por la ley de las afecciones naturales, reconoce el legislador en segundo lugar derecho de legítima á los ascendientes, entendiendo que debe ser recíproco ese deber de velar y cuidar protegiéndose contra las eventualidades del porvenir, entre descendientes y ascendientes; pues aunque el porvenir de los padres depende menos de la fortuna de los hijos, el caso es posible, y hasta frecuente, y no podía el legislador

abandonarle á los azares de la indiferencia y de la ingratitud. Á falta de descendientes nadie existe con más derecho á nuestra liberalidad que aquellos á quienes debemos nuestra existencia y que tantos cuidados nos prodigaron, siendo capaces de llegar al más extremo sacrificio por proporcionarnos ese halagüeño porvenir con que los padres sueñan para sus hijos. Después de éstos, solo á ellos debemos elegir para hacerles objeto de la manifestación de nuestra generosidad, pagándoles, siempre á bajo precio por grande que la liberalidad fuera, los cuidados recibidos durante nuestra infancia.

En tercer lugar considera el Código Civil herederos forzosos al viudo ó viuda, á los hijos naturales legalmente reconocidos y al padre ó madre de éstos; y la razón en que se funda esta legítima no es distinta de la que sirve de base á la de los descendientes y ascendientes legítimos, pues siempre es el afecto nacido de naturales sentimientos lo que explica estas declaraciones de la ley: sea relación nacida de parentesco legal, sea motivada por unión ilícita, resultará que en todo caso es el parentesco la base indestructible en que el legislador ha fundado sus declaraciones referentes á las legítimas de los hijos, de cualquiera clase que sean; derecho que hace recíproco, porque recíproco es el deber que entre sí tienen de protegerse los padres y los hijos. Y si de la legítima del viudo ó viuda se trata, no son los vínculos de la sangre los que explican tal derecho; pero lo son los no menos sagrados y eficaces del matrimonio (1).

Cuantía de la legítima de los descendientes y ascendientes, y juicio que nos merece.—El Código Civil, rectificando los principios de antiguo seguidos en cuanto al tanto que por legítima se debía á descendientes y ascendientes, dice (2) que constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre; pero como

(1) Adviértase que solo hacemos aquí ligeras reflexiones acerca de la justificación de los derechos legitimarios del viudo ó viuda é hijos y padres naturales, porque hemos de volver sobre este punto al hablar en particular de la legítima de todas estas personas.

(2) Art. 808 del Código Civil.

á continuación establece que los padres podrán disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora á los hijos y descendientes legítimos, resulta, que esos dos tercios del haber hereditario, de que no pueden los padres disponer en favor de extraños, forman lo que se llamaba *legítima larga*, y que la legítima llamada de antiguo por las Escuelas *corta ó diminuta* puede quedar de hecho reducida á solo una tercera parte de la herencia; parte que es la única que en realidad no admite deducción, carga ni gravamen de ninguna clase, formando, por tanto, lo que en rigor de términos puede llamarse con exacta propiedad *legítima*.

No es esta la doctrina que sancionada tenía nuestro Derecho civil histórico, ni tampoco responde al criterio en este punto seguido por la generalidad de los Códigos modernos, y menos todavía al sustentado por el Derecho romano, que tomaba en cuenta el número de hijos para fijar la cuota legitimaria; pues sabido es que la novela 18 de Justiniano señaló un tercio como legítima, si el número de hijos no pasaba de cuatro y la mitad cuando excedían; sistema de proporcionalidad con relación al número de hijos, que también admitió el Código de las Partidas. Pero nuestra Ley positiva se separa de este sistema, y fiel á la tradición legal genuinamente patria, marca, sin distinción, una cuota fija, rebajada á las dos terceras partes del caudal hereditario, de los cuatro quintos que había señalado el Fuero Juzgo; dando con ello un paso hacia la libertad de testar, pues si por mucho tiempo el padre no pudo disponer libremente más que de la quinta parte de la herencia, hoy sus facultades se extienden hasta un tercio de la misma, disminuyendo en igual proporción la legítima larga de los hijos.

Y ¿cómo se dividirá entre los descendientes la parte de herencia que como legítima les reconoce el nuevo Código Civil?

La falta de fijación por la Ley positiva de reglas con sujeción á las cuales ha de hacerse la distribución de la porción legitimaria cuando á la herencia concurren descendientes de diferente grado, ha hecho que algunos paren mientes en este punto, llegando á la inadmisibles conclusión de que concurrendo á la he-

rencia hijos y nietos, todos deben heredar por partes iguales.

Para nosotros, partiendo del principio de que en la herencia testada se dá el derecho de representación lo mismo que en la intestada, es indudable que los hijos del testador concurren *por derecho propio* y los nietos *por representación*, debiendo heredar los primeros *in cápita* y los segundos *in stirpes*; pues la falta de claridad de la ley no autoriza para llegar á la solución contraria, por absurda é irracional.

La legítima de los ascendientes está constituida por la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, quienes pueden disponer libremente de la otra mitad, salvo lo debido en usufructo al cónyuge viudo. Pero hay que advertir, que esta parte que por legítima se debe á los padres, se dividirá entre los dos por partes iguales, y si uno de ellos hubiese muerto recaerá toda ella en el sobreviviente.

Cuando el testador no deje padre ni madre, pero sí ascendientes en igual grado de las líneas paterna y materna, se dividirá la herencia por mitad entre ambas líneas. Si los ascendientes fueren de grado diferente, corresponderá por entero á los más próximos de una ú otra línea (1).

También en este punto de la cuantía de la legítima de los ascendientes se ha separado el Código Civil de los precedentes marcados por el Derecho antiguo; porque, como dejamos indicado, la Ley VI de Toro fijó dicha legítima en dos tercios de la herencia y la nueva Ley positiva la ha rebajado á la mitad de aquella, consecuente con el principio de conceder una mayor libertad al testador y respetando lo preceptuado en la *base* 16 de la Ley de 11 de Mayo de 1888, en que se dice, que la mitad de la herencia en propiedad, adjudicada por proximidad de parentesco, y sin perjuicio de las reservas, constituirá en defecto de descendientes legítimos, la legítima de los ascendientes.

Con los principios formulados por el Código en los artículos preinsertos, en cuanto á la forma de hacer la distribución de la cuota legitimaria de los ascendientes, se hacen imposibles las

(1) Artículos 809 y 810 del Código Civil.

dudas que para algunos presenta esta misma cuestión al hablar de la legítima de los descendientes; al propio tiempo que se dá nueva sanción á nuestra antigua práctica, según la cual, la herencia se dividía por iguales partes entre las dos líneas, paterna y materna, si de ambas había ascendientes del mismo grado, pero excluyendo el más próximo al más remoto, por no darse en la línea recta ascendente el derecho de representación en la herencia intestada, y estimarse que cuando se trata de derechos legítimos no puede decirse con verdad que hay diferencia entre esta y la testamentaria.

La admisión de las legítimas implica otra segunda cuestión á más de la referente al señalamiento ó determinación de las personas á cuyo favor deben reconocerse, que es la relacionada con la cuantía ó extensión que debe señalarse á este derecho; cuestión que nosotros hemos reservado para tratar de ella en este lugar, después de exponer la cantidad que marca nuestro Código como legítima de los descendientes y ascendientes, porque de este modo, lo que digamos puede servir de comentario á las disposiciones legales.

Por lo mismo de que no negamos todo valor de verdad á las razones alegadas por los que abogan por la libertad de testar, la cuestión para nosotros en el punto ahora propuesto, se reduce á señalar el límite que parezca más justo, para que al mismo tiempo que no se prive en absoluto al testador de la facultad de dar destino á sus bienes para después de la muerte, se respeten las consideraciones que deben tenerse en cuenta para que las personas con aquél ligadas por vínculos de sangre no queden privadas de alguna parte de su fortuna.

Es esta una cuestión propuesta por los escritores y de hecho resuelta con distinto criterio por los Códigos que como el nuestro han adoptado lo que pudiéramos llamar un criterio mixto, en cuanto no reconocen ni la libertad absoluta de testar, ni tampoco conceden absoluto derecho á descendientes ni ascendientes sobre su haber hereditario respectivo; debiendo observarse, que la diversidad de juicio se muestra en nuestro propio

Derecho histórico, pues mientras en el Fuero Juzgo se señalaba por legítima de los hijos las cuatro quintas partes de los bienes del padre, sin distinguir del número de hijos que tuviera, dejando á la libre disposición de éste solo la otra quinta parte restante, las Leyes de Partida, copiando el Derecho romano, establecieron por legítima una cuota distinta según el número de hijos, cuota que se reducía á un tercio de la herencia si los hijos eran menos de cinco, y se ampliaba á la mitad de la misma cuando eran cinco ó más.

El sistema entre nosotros seguido hasta la publicación del vigente Código civil, ha sido el iniciado por el Fuero Juzgo, y es el mismo adoptado por la nueva Ley civil, en cuanto prescinde del número de hijos al fijar la cuantía de la legítima de los descendientes; si bien varía la cuota, pues pareciendo sin duda que aquel sistema limitaba demasiado la facultad de los padres, le concede una mayor amplitud al determinar que de las tres partes iguales en que hoy se considera dividida la herencia, solo una de ellas forma la legítima que se venía llamando diminuta ó corta, dos la larga, y que de la otra tercera parte pueda el padre disponer en absoluto como á bien tenga.

Por lo que se refiere á la cuantía que como legítima de los descendientes señala el nuevo Código Civil, aceptamos como bueno su criterio; porque de este modo, sin poder privar el padre á los hijos de toda participación en la herencia, dispone de medios suficientes para premiar las acciones de aquellos más dóciles ó que más de su protección necesitan, toda vez que, como más adelante veremos, puede instituirlos por herederos en la tercera parte que es de libre disposición, y mejorarles en el otro tercio que para tal efecto se fija por la misma Ley positiva. Pero no nos parece tan bien que haya prescindido del número de hijos al fijar la cuota legitimaria de éstos, porque habiendo tenido presente esta consideración, como la tienen varios Códigos modernos, habría resultado mayor proporcionalidad, y por consiguiente hubiera habido mayor equidad, en la disposición legal; bien que no habiendo seguido el criterio del Derecho romano y Leyes de Partida, porque según unas y otras disposiciones podía darse el con-

trasentido de ser mayor la cuota legitimaria cuanto mayor era el número de hijos, pues mientras que cuando había cuatro de éstos la legítima era la dozava parte de la herencia para cada uno, cuando había cinco era la décima, produciendo el precepto legal un resultado completamente contrario al que se proponía: cuando había pocos hijos que la legítima debía ser mayor, era menor.

El Código francés tiene en cuenta el número de hijos, pero sin que la proporción que establece por esta consideración pase del caso en que los hijos sean tres: así dice, que habiendo solo un hijo, la legítima consiste en la mitad de los bienes; si existen dos, en las dos terceras partes; y si tres ó más, en las tres cuartas partes.

Por lo que respecta á la legítima de los ascendientes, no mostramos nuestra conformidad á lo dicho por el Código Civil, que declara constituyen la legítima de éstos la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, pudiendo disponer libremente solo de la otra mitad, y únicamente de lo referente á la nuda propiedad cuando el testador fuere casado y no estuviese separado de su cónyuge por sentencia firme de divorcio; porque en tal caso el derecho de éste al tercio de la herencia en usufructo, habrá que deducirlo, ó por mejor decir, gravitará sobre esa mitad libre. Y decimos que no aceptamos como racional la declaración que el legislador hace en este punto, no porque en sí la creamos injusta, sino porque comparada con la formulada al hablar de la legítima de los hijos y descendientes, puede resultar de mayor extensión la de los ascendientes, siendo así que no debe equipararse á la de aquellos, pues las obligaciones de los hijos no se extienden bajo el aspecto del orden social á tanto como las de los padres, porque tampoco sus necesidades y sus recursos son iguales.

Que la cuota legitimaria de los ascendientes puede ser en algún caso superior á la de los descendientes, cosa facil es de probar; y para convencerse bastará con presentar el caso práctico siguiente: Supongamos que A fallece dejando dos hijos, B y C, y 60.000 pesetas de capital: si haciendo uso de las facultades que la ley le concede deja á C por heredero de la tercera

parte de la herencia, que es de libre disposición, y además lo mejora en el otro tercio, como á más de esto conserva el derecho propio de heredar la mitad del otro tercio que forma la legítima propiamente hablando, sucederá, que B no participa más que de 10.000 pesetas del capital hereditario. Pero si el mismo testador A no tuviera descendientes y sí ascendientes, sucedería, que la legítima de éstos sería de 30.000 pesetas, que si vivieran el padre y la madre corresponderían 15.000 á cada uno, y si alguno hubiera muerto corresponderían íntegras las 30.000 al sobreviviente.

Se ve, pues, que relacionada una con otra legítima pueden resultar absurdas las disposiciones del legislador, absurdo que será tanto más grande cuanto mayor sea el número de hijos; pues existiendo dos ó más puede darse la contradicción que dejamos explicada, y que no obedece á otra cosa que á no haber tenido en cuenta los autores del Código el número de hijos al fijar la legítima de éstos.

Tiempo á que hay que atender para fijar la cuantía de la legítima.
—El derecho de legítima, como derecho hereditario que es, no nace hasta que fallece el causante de la herencia, y como el verdadero haber hereditario está formado solo por la diferencia entre el activo y el pasivo del caudal correspondiente al testador, de aquí que se diga en el art. 818 del Código Civil, que para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren á la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. Y estimándose también como parte del caudal del que causa la herencia, las donaciones que éste hubiera hecho y que tengan la condición de colacionables, sigue diciendo el mencionado artículo, que el valor líquido que los bienes hereditarios tuvieren se agregara al que tenían todas las donaciones colacionables del mismo testador en el tiempo en que las hubiera hecho.

Estas sencillas reglas que la Ley positiva señala para determinar el tiempo á que hay que atender para fijar la legítima, son conformes con lo declarado por nuestro antiguo Derecho, para el cual tampoco merecía el nombre de herencia sino ese remanen-

te de bienes quedados después de satisfechas las deudas y cargas de la sucesión; esto es, el superavit que resultaba del activo sobre el pasivo, una vez hecha la correspondiente liquidación; pues no en todo caso es caudal partible la suma de bienes quedados al fallecimiento de una persona, con los cuales se forma el inventario, porque tal suma es susceptible de aumentos y disminuciones, ya por razón de las donaciones que hay que colacionar ya por razón de las deudas que hay que pagar. Pero dichas reglas nada dicen, ni pueden decir, del procedimiento que ha de seguirse en la liquidación de una herencia, pues para esto hay que tener en cuenta otras varias que explicaremos al estudiar la materia referente á la división ó partición de la herencia.

Casos de reserva y de reversión de bienes.—Solo por no pasar por alto uno de los preceptos que la Ley positiva formula cuando de las legítimas de los ascendientes trata, vamos á indicar en este lugar el caso de reserva que el art. 811 establece; esto es, la condición con que los ascendientes heredan determinados bienes de los descendientes. Y decimos que solo vamos á indicar el caso, porque su estudio lo aplazamos para el Capítulo en que hablemos de las reservas, que es donde creemos tiene su lugar propio.

Establécese en el citado artículo, que «el ascendiente que herede de su descendiente bienes que éste hubiere adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, ó de un hermano, se halla obligado á reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan á la línea de donde los bienes procedan.»

La referida declaración legal viene á establecer una especie de derecho de *troncalidad*, sucediendo que el ascendiente percibe, sí, su legítima, pero solo la adquiere en usufructo, toda vez que los bienes en que consiste ha de reservarlos para los parientes de la línea y grados indicados.

Pero esta limitación que la ley impone á la legítima de los ascendientes, está compensada, por decirlo así, con la retroversión que la misma ley establece respecto de los bienes donados por tales ascendientes á sus descendientes. Así dice el art. 812

del Código Civil, que «los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos á sus hijos ó descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación á ellos, y en el precio si se hubieren vendido, ó en los bienes con que se hayan sustituido si los permutó ó cambió.»

Lo que en este caso hace la ley es establecer una sucesión especial y preferente á favor de los ascendientes sobre determinados bienes de los descendientes; pero lo hace en términos tales, que su disposición puede dar lugar á no pocas dudas, necesitando por ello una detenida explicación; no porque en el antiguo Derecho de Castilla no exista precedente alguno sobre este punto, como con manifiesto error dice en su *Tratado teórico legal del Derecho de sucesiones* el Sr. López R. Gómez (1), sino porque la declaración de la nueva Ley civil está influida de un especial espíritu que reclama meditado estudio, según exige la importancia misma de la cuestión.

La primera duda que puede presentarse es la referente á si el precepto indicado comprende ó no á los ascendientes naturales; pues al paso que unos pronuncian su juicio afirmativo, por partir del principio de que la ley no hace distinción y en tal supuesto no debe distinguirse, otros creen, por el contrario, que se refiere solo á los ascendientes legítimos, porque se trata de una cuestión relacionada íntimamente con la legítima de los ascendientes legítimos, á cuya materia puede decirse que sirve como de complemento siendo estudiada en la misma *sección*, y no en

(1) Decimos que es errónea la opinión que afirma que el derecho de reversión no tiene precedentes en el antiguo Derecho civil de Castilla, porque bien en contra de tal opinión habla la Ley VI, tit. 2º del libro IV del Fuero Juzgo, en la cual se dice, después de fijar el derecho de los ascendientes para que sucedan sin distinción en los bienes de sus descendientes: «Esto es de entender de las cosas que ganó el muerto. Mas de las cosas que él ovo de parte de sus padres, ó de sus avuelos, deben tornar á sus padres, ó á sus avuelos, como gelas dieron».

aquella otra en que se habla de los derechos sucesorios de los ascendientes naturales.

Nosotros creemos la razón de parte de los que piensan en la última forma, porque sin duda alguna que el Código Civil habla solo de los ascendientes legítimos en las cuestiones hereditarias que examina en la Sección 5^a, Capítulo I, tít. 3^o del libro I; refiriéndose á los naturales en la Sección 8^a del mismo Capítulo, título y libro.

En segundo lugar se pregunta por algunos qué es lo que ha querido decir el legislador con los términos *muertos sin posteridad*, locución cuya inteligencia no ofrece para nosotros gran duda, pues creemos no quiere ni puede expresarse con ella otra cosa, sino que el descendiente de cuya sucesión se trate, fallezca sin tener á su vez descendencia; porque si de otro modo ocurriera se daría el absurdo de que en algún caso los ascendientes tenían preferente derecho que los descendientes, lo cual no admite nuestra Ley positiva ni siquiera por excepción, sobre todo tratándose de descendientes legítimos.

Por último, debe advertirse, que no todas las donaciones hechas por los ascendientes á sus descendientes dan derecho á la reversión, pues aunque la ley tampoco distingue en este punto, es racional exceptuar del principio las donaciones con causa onerosa, las remuneratorias y aun aquellas en que se impone al donatario un gravamen, por lo menos en la parte á que este ascienda.

Modo como la legítima se debe.—Es principio tradicional en nuestro Derecho civil, que la legítima se debe sin gravamen ni condición de ninguna especie. Así decía el Código Alfonsino: «libremente e sin ningun agrauamiento, e sin ninguna condicion deue auer el fijo su legítima parte de los bienes de su padre e de su madre.....»; y así dice también el Código Civil vigente en el segundo párrafo del art. 813: «Tampoco podrá imponer sobre ella (se refiere al testador) gravamen ni condición de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo». Pero hay que advertir, para la buena inteligencia de este precepto positivo, que solo es verdad lo que en él se dice si en la legítima de

los descendientes se atiende á lo que ha venido llamándose legítima *corta* ó *diminuta*, porque aplicado á la llamada legítima *larga*, esto es, á los dos tercios de la herencia, no es rigurosamente exacto, porque uno de estos dos tercios, que el ascendiente puede destinar á mejorar á alguno ó algunos de sus descendientes, puede ser gravado con prestaciones ó condiciones establecidas á favor de los legitimarios ó sus descendientes, según manifiestamente declara el art. 824 del mismo Código.

Al no exceptuar la ley del principio de que las legítimas no admiten gravamen alguno, más que el usufructo debido al cónyuge viudo, es evidente que en la legítima de los descendientes solo es verdad dicho principio, en absoluto, tratándose de la legítima *corta*, porque la misma ley establece que la porción hereditaria asignada al viudo en usufructo, se saque del tercio destinado á mejora; del cual tercio deberá deducirse también en el caso en que tal derecho de usufructo es más extenso, como sucede cuando hay un solo hijo ó descendiente: y si concurre con hijos de dos ó más matrimonios, se sacará de la tercera parte de libre disposición de los padres.

Por lo demás, juzgando lo que en sí representa la declaración legal de referencia, no podemos menos de convenir en que se halla inspirada en verdaderos principios de justicia y equidad, y sobre todo, que arguye consecuencia en el legislador, quien después de admitir el derecho de legítimas, no podía menos de dejarlas á salvo de todo gravamen; porque si otra cosa hubiera hecho, podría, por modo indirecto, quedar anulado tal derecho, pues con imponerle gravámenes en igual cuantía del valor que representara, se destruiría el derecho legitimario.

Lo que la ley se propone con la declaración á que nos venimos refiriendo, no es otra cosa sino que en todo caso el heredero forzoso llegue á adquirir de hecho íntegramente aquella porción de bienes que le está reservada, una vez que fallezca el causante de la herencia; y hasta tal punto es este el propósito del legislador, que no admite siquiera la renuncia ó transacción hecha sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos: si mediare pacto alguno sobre este extremo será nulo y

los herederos forzosos podrán reclamar su legítima cuando el causante de la herencia muera; pero deberán traer á colación lo que hubiesen recibido por la renuncia ó transacción (1).

Esta prohibición, si no nueva en absoluto, podemos decir que se presenta en el Código Civil con cierto carácter de novedad, porque la antigua Legislación no prohibía todo contrato sobre la herencia futura, sino únicamente la venta de esta. Así lo tenía establecido una ley de Partida, que solo por excepción admitía tal venta cuando era hecha *con otorgamiento è con placer de ellos mismos*, esto es, con consentimiento de los testadores; y la razón que para decretarlo así tuvo dicha ley, no es otra, según en la misma se dice, que «porque los compradores de la tal esperanza ó de tal derecho, no hayan razon de se trabajar de muerte de aquellos cuyos son los bienes, por cobdicia de los haber».

Como se ve, el moderno legislador dá un paso más en este sentido de la prohibición, formulándola con carácter absoluto, estimando como inmoral todo pacto sucesorio que signifique renuncia ó transacción sobre la legítima futura. Pero si el propósito del legislador no puede ser más loable, por cuanto se opone á algo que puede ser contrario á las buenas costumbres y al orden público, hay que convenir en que su aplicación puede hallar dificultades en algún caso, por lo facil que será confundir el precepto prohibitivo con alguna otra relación lícita establecida entre el padre y el hijo referente á los derechos legitimarios: tal sucedería con la declaración solemne que el hijo hiciera de haber recibido en vida del padre determinados bienes que fueran colacionables para imputárselos en su legítima; declaración que á nuestro modo de ver no debería ser considerada como renuncia, sino que es resultado del derecho siempre concedido al padre para pedir que el hijo declare lo que como anticipo de legítima tiene recibido.

Donaciones que deben computarse en la legítima.—Dice el artículo 819 del Código Civil, que «las donaciones hechas á los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su le-

(1) Art. 816 del Código Civil.

gítima»; precepto á que sirve de complemento aquel otro contenido en el art. 825 que dice: «Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple ó por causa onerosa, en favor de hijos ó descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar».

Por lo que se ve, el legislador quiere que al determinar la cuota legitimaria se tengan en cuenta las donaciones recibidas por los hijos, que acrecerán á aquella en el especial caso de constituir mejora, ó serán imputadas en la misma cuando la mejora no tenga lugar, por no haber declarado expresamente el testador que tales donaciones se reputen como mejora.

Otros principios á más del indicado formula el art. 819 del Código con referencia á las donaciones hechas á los extraños, las cuales, dice, se imputarán á la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad; declaración legal que huelga en parte, porque sabido es, y ya dicho lo tiene el legislador, que el resto de lo que forman las legítimas de descendientes y ascendientes forma en todo caso la parte de que libremente puede disponer el testador. Pero en cambio presenta la no escasa importancia de que deroga una práctica seguida en el Derecho antiguo, según la cual, las donaciones entre vivos á que acompañaba la tradición ó entrega de la cosa donada, hechas en favor de extraños, no se tenían en cuenta para hacer la computación de las legítimas, con cuyo proceder podían ser perjudicados los herederos forzosos. Actualmente, según lo declarado por la Ley positiva, los bienes en que tales donaciones consistan han de colacionarse, y reducirse caso necesario, en cuanto fueren inoficiosas ó excediesen de la cuota de libre disposición; reducción que se hará según las reglas que explicaremos á continuación, y que comprende lo mismo á las donaciones hechas á los hijos que á todas aquellas otras que hubieran sido hechas á favor de los extraños.

Principios generales sobre reducción de mandas y legados, cuando su importe excede de la parte de libre disposición — Toda donación que el testador haga traspasando los límites de lo que la ley

deja á su libre disposición, es ineficaz en el *tanto* que excede de esa cuantía, debiendo reducirse; reducción que se llevará á cabo con arreglo á las reglas siguientes:

«1^a Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo ó anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento.

2^a La reducción de estas se hará á prorrata, sin distinción alguna.

Si el testador hubiere dispuesto que se pague cierto legado con preferencia á otros, no sufrirá aquél reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima.

3^a Si la manda consiste en un usufructo ó renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior á la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria ó entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador» (1).

La primera regla no hace más que declarar un derecho preferente á favor de las donaciones hechas fuera de testamento, caso de que estas, juntamente con las mandas hechas en testamento, no quepan dentro de la parte de libre disposición. Pero deja sin resolver otra cuestión que puede presentarse, cual es, la referente á cómo se hará la reducción cuando aparte las mandas dejadas en testamento, las donaciones hechas fuera de él excedan de la cuantía de la parte de libre disposición.

Según nuestra opinión, y teniendo en cuenta lo que preceptúa el art. 655 del Código Civil, la reducción de las donaciones inoficiosas se hará comenzando por las más modernas, cuyo orden de antigüedad se seguirá hasta dejar solo subsistentes las que quepan en la parte de libre disposición; y en el caso posible de que todas hubieran sido hechas en la misma fecha, se reducirán á prorrata, sin distinción alguna, de igual modo que la segunda de las reglas apuntadas dice que se reducirán las mandas hechas en testamento, cuando no cupieren todas ellas en la parte libre.

La segunda regla es de todo punto sencilla y no necesita de

(1) Art. 820 del Código Civil.

explicación, porque es de equidad que si el testador dejó varias mandas en su testamento y no todas cabían en la parte de libre disposición, se reduzcan á prorrata cuando aquél nada expresamente dijo de lo que había de hacerse en tal caso, y que si dispuso que algunas tuvieran preferencia se respete aquella su voluntad, suponiendo que las no declaradas preferentes solo quería que valieran en el caso de exceder la cuantía de la parte de libre disposición, de aquella que sumaran las mandas ó legados que había declarado preferentes.

Teniendo presente el legislador que la manda que en testamento se ordene puede consistir lo mismo en un usufructo ó renta vitalicia que en la nuda propiedad, fija para el caso en que tal suceda y haya que reducirla por inoficiosa, la regla tercera de las indicadas, cuya justicia corre parejas con la claridad de sus términos, razón por la cual nos creemos excusados de toda explicación.

Puestos los autores del nuevo Código á fijar principios con sujeción á los cuales ha de hacerse la reducción de los legados, caso de resultar estos excesivos, han llegado hasta determinar qué es lo que ha de hacerse cuando el legado sujeto á reducción consista en una finca que no admita cómoda división; estableciendo que en tal caso quedará la finca para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos, haciéndose abono de su respectivo haber en dinero. Pero el legatario que tenga derecho á legítima, podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere al importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.

Con la precedente declaración legal han quedado cortadas las dudas y cuestiones que en el caso de referencia se presentaban según el Derecho histórico, por no haberse fijado en él, con la claridad que ahora se hace, el principio que había de seguirse. Ahora la única duda que puede ocurrir es, qué procede hacer cuando el valor de la finca donada exceda de la cuantía del legado y cuota legitimaria, por no decirse nada acerca de este caso en el artículo de referencia; pero juzgando por analogía de lo

que sucede cuando la concurrencia tiene lugar entre quienes tienen separadamente los conceptos de legatario y heredero simplemente, diremos, que la finca legada quedará para el que es legatario y heredero, si el valor de la reducción no es superior á la cantidad á que asciendan sus derechos por la parte de legítima y legado. Mas como en uno y otro caso los acuerdos que los interesados tomen tienen un valor preferente á las declaraciones de la ley en este punto, se estará á lo que éstos resuelvan.

Por otra parte, como los tales principios legales referentes á quien ha de quedarse con la finca cuando no admita cómoda división no implican otra cosa que derechos renunciables, déjase en libertad á los herederos y legatarios para usar ó no del derecho que á su favor establece la ley, declarando esta que en caso de no uso por el tenedor del derecho podrá usar de él el que de ellos no lo tenía; y si éste tampoco quiere usarlo, se venderá la finca en pública subasta, á instancia de cualquiera de los interesados.

Recursos que competen al heredero forzoso cuando ha sido preterido ó perjudicado en su legítima.—Consecuencia del reconocimiento expreso que la Ley positiva hace del derecho de legítima á favor de las personas indicadas anteriormente, es la declaración que en el art. 814 establece la misma ley para el caso en que sea preterido alguno ó algunos de los herederos forzosos y el testador muera antes que ellos; preterición que produce como efecto necesario, tratándose de los herederos en línea recta, la anulación de la institución de heredero, quedando subsistentes las mandas y mejoras cuando no sean inoficiosas. Si el preterido es el viudo ó viuda, la institución no se anula; pero el preterido conservará en todo caso su derecho de usufructo sobre la parte correspondiente: todo ello como necesaria secuela del principio de que el testador no podrá privar á los herederos de su legítima, sino en los casos taxativamente marcados por la ley, como veremos al estudiar la materia referente á la desheredación.

Preséntase por algunos la cuestión de si deberá ó no anularse la institución cuando la causa de la preterición sea la de ignorar el testador la existencia del heredero forzoso; cuestión que á

Juicio nuestro debe resolverse en sentido afirmativo, por la sencilla consideración de que el acto de instituir heredero prescindiendo del que tiene el carácter de forzoso, es un acto contrario á la ley, y por ende nulo, pues sabido es que á tenor de lo dispuesto en el art. 4º del Código Civil, son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley.

Mas no solo se declara por la Ley positiva que el heredero forzoso tiene garantido su derecho de legítima cuando es preterido, esto es, cuando ninguna parte se le deja en la herencia, sino que también se dice por la misma ley, que ese mismo heredero á quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma; y ratificando este mismo principio se añade, que las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, á petición de éstos, en lo que fuesen inoficiosas ó excesivas (1).

La declaración legal de que el heredero forzoso podrá pedir el complemento de su legítima cuando el testador le deje *por cualquier título* menos de la legítima que le corresponda, rectifica en un todo lo que las Leyes de Partida, de acuerdo con las romanas tenían dispuesto para el caso, pues tales leyes declaraban quo el heredero podía pedir la nulidad de la institución cuando no percibía la parte de herencia como heredero, aunque por otro título recibiera la equivalencia; y declaraban no tenía derecho á pedir la nulidad y solo sí el complemento de lo que por legítima le fuera debido, cuando se le instituia heredero en alguna parte, por ínfima que fuera.

La preterición dá lugar al recurso de nulidad contra la institución de heredero, dejando subsistente el testamento en todo lo demás; y la institución de heredero ó legatario en menor cantidad de la que por legítima corresponde á éste dá lugar á la acción *ad supplementum* para reclamar la diferencia. Una y otra doctrina explicaremos con la debida extensión cuando hablemos más adelante de la preterición y desheredación, que es donde tienen su lugar propio.

(1) Artículos 815 y 817 del Código Civil.

Legislación foral sobre las legítimas de descendientes y ascendientes

Presentan como carácter distintivo las leyes forales, en su generalidad, en punto á las legítimas, la particularidad de ser inmensamente más reducida la cuantía que las forman; esto es, que en los territorios regidos por leyes especiales, es mucho mayor la libertad de que gozan los testadores para disponer de sus bienes, llegando al extremo de ser casi nominal el derecho de legítima en algunos pueblos, como tendremos ocasión de observar; pues si bien es cierto que las leyes forales imponen á los padres el deber de instituir á sus hijos por herederos, también lo es que tal obligación tiene poca extensión por razón de la cuantía que forma la legítima, si se exceptúa el territorio catalán, donde dicho derecho es más amplio.

Cataluña.—En el territorio catalán son considerados como herederos forzosos los descendientes, y la cuantía de su legítima asciende á la cuarta parte de la herencia; cuantía que no ha sido siempre igual y uniforme, pues variaba según las localidades, consistiendo para Barcelona, por mera costumbre, en la cuarta parte de la herencia; en otros pueblos en la tercera parte, según en tiempos estableció la Legislación romana; y en otros en la quinta, conforme con las doctrinas del Fuero Juzgo; hasta que don Felipe II dió sanción á la costumbre primeramente seguida y más común, señalando en la cuarta parte de la herencia la cuota legitimaria, con cuya disposición general quedó unificado el derecho de legítima, en cuanto á su extensión, para todo el territorio catalán.

Los hijos que tienen acreditada legítima son los legítimos, nacidos ó póstumos, los legitimados y los adoptivos; y los naturales ó espúreos, en la herencia de la madre.

A falta de descendientes son considerados como herederos

forzosos los ascendientes, según el orden de sucesión abintestato, y la cuantía de la legítima de éstos es igual en cuanto á su extensión á la de los descendientes.

Los hermanos solo tienen derecho á la legítima cuando han sido postergados á una persona torpe.

Una gran particularidad presentan las disposiciones legales de Cataluña con relación á otras forales en cuanto á la deducción y pago de la legítima, pues basta que se pague en cualquiera forma y por cualquier título, no haciéndose preciso que la persona que á su favor tiene reconocido derecho de legítima sea instituida heredera. De ordinario los hijos reciben al casarse una cantidad en bienes ó en dinero á cuenta ó en pago de su legítima; y decimos que puede ser á cuenta, porque si lo recibido no alcanza á cubrir el total de lo que por legítima se le debe, tiene el heredero forzoso acción que dura 30 años para pedir el complemento, debiendo colacionarse para este efecto cuanto el hijo hubiere recibido del padre en vida.

Por último, el que es instituido heredero tiene facultad para abonar su cuota á los legatarios en bienes de la herencia ó en dinero, si bien es doctrina seguida que una vez que haya comenzado á abonarla en una de estas formas no puede satisfacer el resto en la otra.

Las anteriores indicaciones sobre el derecho de legítima en Cataluña, enseñan los puntos de más diferenciación con el llamado derecho común ó de Castilla, porque en todo lo demás puede decirse que coinciden, como sucede con la prohibición de que á la legítima se imponga gravamen ni condición, y únicamente se admiten cuando son impuestos sobre la porción en que el heredero fué instituido con exceso sobre su legítima. También rige en Cataluña el principio de que para determinar la legítima debe atenderse al valor que las cosas tenían á la muerte del causante, no estando admitida la doctrina de los que sostienen que debe atenderse al tiempo de la reclamación ó del pago.

Aragón.—La Legislación aragonesa presenta en punto á legítimas más particularidades que la catalana en relación con la

de Castilla; particularidades que se marcan lo mismo en cuanto á quiénes son considerados como herederos forzosos, que en lo referente á la cuantía de la cuota legitimaria.

En Aragón solo son considerados como herederos forzosos los descendientes y los viudos: no tienen acreditada legítima ni los ascendientes ni los hermanos.

En cuanto á la parte de la herencia que forma la legítima, se nota también una mayor libertad del padre para disponer de sus bienes por testamento, pues casi puede decirse que el derecho de legítima del descendiente es imaginario, en cuanto que el padre solo está obligado á reservarle diez piezas de una moneda imaginaria (diez sueldos jaques), cinco por los bienes muebles y otros cinco por los inmuebles ó sitios. Pero nótese, que esta mayor libertad del padre para disponer de sus bienes por testamento, debe entenderse siempre que haga uso de ella entre los hijos, pudiendo solo dejar para los extraños algún legado, con tal que sea módico y con causa; esto es, que tal libertad debe entenderse que la tiene el padre más bien para mejorar, puesto que para lo que está facultado es para instituir por heredero á uno de sus hijos, dejando á los demás la ínfima parte que hemos dicho.

La mayor libertad que en Aragón tienen los padres para instituir heredero obedece á una concesión que la clase noble obtuvo de D. Jaime II por ley de 1307, y que después en 1311 se hizo extensiva por el mismo monarca para los plebeyos; concesión que en uno y otro caso se hizo á petición de las respectivas clases en las Cortes de Alagón y Daroca. Desde la última fecha mencionada el *quantum eis placuerit*, conquistado primeramente por los nobles, fué facultad de todas las clases sociales aragonesas, formando, por decirlo así, ley de carácter general, y quedando borradas las deferencias de clases que los tiempos anteriores habían mantenido, y también la diversidad de preceptos legales que hacían que mientras en Jaca todo vecino podía ordenar lo que quisiera de sus heredades y bienes, tuviese ó no hijos, en Daroca y su término, por el contrario, los hijos y los padres debían heredarse recíprocamente, y éstos no podían dejar á alguno de aquellos más parte que á los otros; y en Teruel y Albarracín,

regidos por el Fuero de Sepúlveda, tenían los hijos porción legítima.

Navarra.—Los principios referentes al derecho de legítima tienen un desenvolvimiento análogo en Navarra al que hemos observado en Aragón, identificándose en cuanto á las personas á quienes se reconoce tal derecho, que no son otras que los descendientes y el viudo.

La nota distintiva de la Legislación de Navarra en el punto que estudiamos, es la mayor libertad de que el testador goza para disponer de sus bienes por testamento, si la comparamos con la que tiene en Castilla y Cataluña, pues es casi nominal la legítima de los hijos, lo mismo que en Aragón; porque si en un principio tuvo algunas limitaciones la facultad de disponer por testamento, bien pronto los nobles pidieron y alcanzaron el privilegio de la libre disposición, para no desmembrar sus patrimonios; privilegio que después fué extendiéndose hasta convertirse en ley general, llegando á concederse á todas las clases sociales la más amplia facultad, señalando como legítima de los hijos *cinco sueldos febles* por los bienes muebles y *una robada de tierra en los montes comunes*, por los inmuebles.

Como se ve, por razón de la cuantía es la legítima de los hijos en Navarra igualmente imaginaria que en Aragón, y la conquista de la libertad de testar, se efectuó en el mismo orden y por igual consideración; pero difieren esencialmente en cuanto que en Aragón ha de ser instituido en el resto de la herencia uno de los hijos, sucediendo que en Navarra puede serlo un extraño, siempre que el padre respete esa mínima cuota legitimaria de los hijos.

Los hijos que tienen reconocido derecho de legítima son: los legítimos, los legitimados por subsiguiente matrimonio y los descendientes que representen sus derechos. De igual derecho gozan por fuero los hijos naturales, aun en el caso de que el testador tenga después hijos legítimos, siempre que posea más bienes que los dados en arras á su mujer.

La libertad de disponer que en Navarra goza el testador,

puede tener efecto lo mismo por actos *inter vivos* que *mortis causa*, sin más limitación que la impuesta al que repite matrimonio, quien no puede dejar á los hijos del segundo más bienes de los que dejase al menos favorecido del primero.

Vizcaya.—La Legislación de Vizcaya guarda más puntos de contacto en materia de legítimas con la antigua de Castilla que con ninguna otra de las llamadas forales, de las cuales se diferencia en que en realidad existe una cuota legitimaria para los descendientes, que consiste en las cuatro quintas partes de la herencia, si bien puede el padre disponer de la mayor parte de ella á favor de uno de sus hijos, *apartando algún tanto de tierra, poca ó mucha, para los demás.*

A falta de descendientes son considerados herederos forzosos los ascendientes, cuya legítima es igual en cuantía á la de aquellos; existiendo igual facultad en el testador para distribuirla de un modo desigual entre ellos. En uno y otro caso, la parte de libre disposición queda reducida al quinto de la herencia, de donde salen los gastos de funeral y legados en bien del alma.

Solo cuando no existen descendientes ni ascendientes puede el testador disponer con toda libertad de su capital mueble; y no de igual modo de los inmuebles ó raíces, porque estos deben pasar á los parientes colaterales hasta el cuarto grado de la línea de que procedan los bienes, llamados *parientes tronqueros*; disposición que obedece á que en Vizcaya todos los bienes raíces se consideran como troncales, hasta los adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio, debiendo volver, para su conservación en él, al tronco de donde procedan. Por esta razón se dice que son también herederos forzosos, en parte, los parientes colaterales.

De igual modo que en Castilla, no admite la legítima en Navarra cargas, gravámenes, sustituciones ni fideicomisos, pues solo pueden imponerse tales cargas sobre los bienes que siendo de libre disposición legan ó donan los padres á sus hijos ó parientes.

DOCTRINA LEGAL

Art. 806 Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley á determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.

Art. 807 Son herederos forzosos:

1° Los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos.

2° A falta de los anteriores, los padres y ascendientes legítimos respecto de sus hijos y descendientes legítimos.

3° El viudo ó viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos, y el padre ó madre de éstos, en la forma y medida que establecen los artículos 834, 835, 836, 837, 840, 841, 842 y 846.

Art. 808 Constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora á sus hijos y descendientes legítimos.

La tercera parte restante será de libre disposición.

Art. 809 Constituye la legítima de los padres ó ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes. De la otra mitad podrán éstos disponer libremente, salvo lo que se establece en el art. 836.

Art. 810 La legitima reservada á los padres se dividirá entre los dos por partes iguales: si uno de ellos hubiere muerto, recaerá toda en el sobreviviente.

Quando el testador no deje padre ni madre, pero si ascendientes, en igual grado, de las líneas paterna y materna, se dividirá la herencia por mitad entre ambas líneas. Si los ascendientes fueren de grado diferente, corresponderá por entero á los más próximos de una ú otra línea.

Art. 811 El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, ó de un hermano, se halla obligado á reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan á la línea de donde los bienes proceden.

Art. 812 Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos á sus hijos ó descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación á ellos, y en el precio si se hubieren vendido, ó en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó ó cambió.

Art. 813 El testador no podrá privar á los herederos de su legitima sino en los casos expresamente determinados por la ley.

Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo.

Art. 814 La preterición de alguno ó de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento ó sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.

La preterición del viudo ó viuda no anula la institución; pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834, 835, 836 y 837 de este Código.

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto.

Art. 815 El heredero forzoso á quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma.

Art. 816 Toda renuncia ó transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer á colación lo que hubiesen recibido por la renuncia ó transacción.

Art. 817 Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán á petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas ó excesivas.

Art. 818 Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren á la muerte del testador con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento.

Al valor líquido que los bienes hereditarios tu-

vieren se agregará el que tenían todas las donaciones colacionables del mismo testador en el tiempo en que las hubiera hecho.

Art. 819 Las donaciones hechas á los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima.

Las donaciones hechas á extraños se imputarán á la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad.

En cuanto fueren inoficiosas ó excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes.

Art. 820 Fijada la legítima con arreglo á los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue:

1º Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo ó anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento.

2º La reducción de éstas se hará á prorrata, sin distinción alguna.

Si el testador hubiere dispuesto que se pague cierto legado con preferencia á otros, no sufrirá aquel reducción sino después de haberse aplicado estos por entero al pago de la legítima.

3º Si la manda consiste en un usufructo ó renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior á la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria ó entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador.

Art. 821 Cuando el legado sujeto á reducción consista en una finca que no admita cómoda divi-

sión, quedará esta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.

El legatario que tenga derecho á legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere al importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.

Art. 822 Si los herederos ó legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en el artículo anterior, podrá usarlo el que de ellos no lo tenía; si éste tampoco quiere usarlo, se venderá la finca en pública subasta, á instancia de cualquiera de los interesados.

APLICACION PRACTICA

El heredero forzoso que reclama su legítima debe justificar tal carácter en la forma y por los trámites establecidos en la sección 2ª del tít. 19, lib. II de la Ley de Enjuiciamiento civil; no pudiendo hacerse esta declaración, aunque la solicite previamente, en el juicio declarativo entablado reclamando su legítima. (Sent. de 13 de Diciembre de 1890).

Las leyes que regulan las legítimas son de derecho público superior á toda convención, y por lo mismo, ni los padres están facultados para reducir ó gravar las porciones legitimarias, ni los hijos pueden renunciarlas válidamente en vida de aquellos. (Sentencia de 6 de Marzo de 1891).



CAPITULO XIX

Derechos del cónyuge viudo en la herencia del premuerto



ON el fin de estudiar seguidamente los derechos de cuantas personas son consideradas por la legalidad vigente como herederos forzosos, vamos á examinar en este Capítulo los derechos correspondientes al cónyuge viudo, después de haber explicado en el anterior las cuestiones referentes á las legítimas de descendientes y ascendientes; reservando el hablar de las mejoras para después que conozcamos los derechos de cuantas personas tienen la condición de herederos forzosos.

En qué sentido se dice que el cónyuge viudo es heredero forzoso del premuerto.—Dícese que el cónyuge superviviente es heredero forzoso del premuerto, en cuanto que por ministerio de la ley, é independientemente de la voluntad de su consorte, participa de un beneficio determinado por el legislador en la herencia del que fué su fiel compañero durante la vida. Así lo establece de una manera expresa el art. 807 del Código Civil, y así hay que entenderlo, siempre que concurran las demás condiciones exigidas por la Ley positiva, que á continuación explicaremos,

La particularidad de que los derechos concedidos al cónyuge viudo le son solo debidos en usufructo, no altera en lo más mínimo la consideración que la ley le dá, de heredero forzoso, pues lo que forma la esencia de este concepto es la circunstancia de tener que respetarle el testador derecho á un beneficio sobre sus bienes, del cual beneficio no puede privarle, por estarle reservado por propio ministerio de la ley.

Ha querido sostenerse por algunos, que el usufructo viudal solo tiene lugar en la sucesión testada, alegando razones que arrancan de los términos en que el texto legal se halla redactado, y son las siguientes: 1^a Que el usufructo viudal no se halla regulado en el Capítulo que estudia las cosas comunes á la sucesión testada é intestada, como parecía natural si hubiera habido el propósito de que tuviera efecto en ambas, sino en el Capítulo que se ocupa de la herencia, siendo de advertir que casi todas las disposiciones de este se refieren sola y únicamente á la sucesión testamentaria y á instituciones que viven y se desenvuelven en la herencia testada, por lo que no es aventurado afirmar que al incluir el Código el usufructo viudal en el Capítulo en que lo ha hecho, ha estimado que solo á título de heredero en las sucesiones testamentarias tiene el cónyuge sobreviviente tal derecho. 2^a Que las bases en que el legislador desenvuelve esta institución son: que recaiga sobre una porción hereditaria, mayor ó menor, según que el testador haya dejado ascendientes ó descendientes; que ese usufructo grave el tercio de mejora unas veces, y otras el de libre disposición, por donde si se saca la institución del terreno de la herencia testamentaria, se hace imposible la aplicación de tales bases, porque en una sucesión abintestato no hay propiamente legítima, y falta, por tanto, el término de comparación establecido para el usufructo, á menos de ampliarlo contra la disposición terminante del art. 834; aparte de que, las frases *tercio de mejora, mitad libre y tercera parte de libre disposición*, de que se vale el legislador para precisar la parte del caudal que ha de sufrir el gravamen del usufructo, demuestra que solo se han tenido á la vista las herencias que se transmiten por testamento. 3^a Que al hablar el Código de la sucesión intestada, va

llamando á los descendientes y á los ascendientes, sin mentar, ni aun por incidencia, al cónyuge supérstite, y solo al entrar en el orden de los colaterales pone á su nivel al viudo ó viuda, y no para llamarle al usufructo de la propiedad, sino para sacar á salvo su derecho de usufructo; declaración legal que se hace (art. 953) porque, seguramente, el legislador creyó que sin ella los hermanos é hijos de hermanos excluirían al viudo ó viuda, aun en lo tocante al usufructo, y como esto sin duda no se consideraba justo, intercalóse en el primer grado de la línea colateral la institución del usufructo vidual; luego si en concurrencia con los descendientes y ascendientes no es llamado explícitamente el viudo á participar de derecho alguno, ¿será temerario afirmar que el Código, consciente ó inconscientemente, le ha excluido en absoluto?

Como se ve, los argumentos antes expuestos son formulados en contra del carácter de heredero forzoso del viudo en la sucesión intestada del premuerto, basados tan solo en razones que pueden considerarse de mero descuido de redacción de Código, y á lo sumo en la letra del mismo en alguno de sus preceptos, bien que no por modo expreso, sino por caprichosa deducción.

Si los sostenedores de tan inadmisibles conclusiones hubieran tenido en cuenta más el espíritu que la letra de la ley ú orden de exposición de sus doctrinas, según aconsejan las más prudentes reglas de hermenéutica jurídica, no se hubieran empeñado en sostener viva una cuestión que ni en el terreno especulativo ni en el práctico puede reportar utilidad alguna, y que solo puede dar por resultado dudas y confusiones que deben evitarse siempre al explicar los preceptos de una ley, sobre todo cuando se encaminan á regular una institución que, como la legítima vidual, debe ser admitida con aplauso y sin presentar entorpecimientos en su aplicación tal cual fué la mente del legislador, en este caso bien manifiesta, si se estudian los precedentes.

Es evidente que el propósito del legislador al dar cabida en los preceptos del nuevo Código Civil al usufructo vidual, no fué otro que el de hacer extensivo para Castilla lo que en este punto tienen de antiguo establecido las llamadas legislaciones forales:

así lo demuestra por modo bien expreso la *base* 17 de la Ley de 11 de Mayo de 1888, en la cual se dice: «Se establecerá á favor del viudo ó viuda el usufructo que algunas legislaciones especiales le conceden.....»; y como en dichas legislaciones no se admite distinción alguna entre el caso de la sucesión testada y el de la intestada, claro es que no debe tampoco distinguirse al hablar de tal institución en la legislación de Castilla.

La razón del Capítulo en que se habla del usufructo viudal ninguna fuerza presta á la opinión de los que niegan al viudo el carácter de heredero forzoso en la sucesión abintestato; antes por el contrario, sucede que es alegación que puede hacerse para sostener que es tal heredero, porque al hablar de este derecho en el Capítulo titulado «De la herencia», sin distinción alguna, hay que admitir que las reglas que contiene se refieren á una y otra clase de sucesión.

Tampoco nos parece aceptable el segundo razonamiento expuesto, porque aunque es verdad que la ley alude á la legítima como término de comparación para fijar la cuota correspondiente al viudo, como no puede afirmarse, en rigor de verdad, que en la sucesión intestada no haya legítima, hay que admitir que á una y otra clase de sucesión puede referirse. Sea la voluntad del hombre manifestada en testamento, sea la ley la que separa cierta cantidad de bienes que con precisión hay que entregar á determinados sujetos, siempre resulta que hay en toda herencia una porción de caudal del que se forma, que debe ser entregada á determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos. Con razón dice á este propósito un escritor moderno: «Cuando el hijo pretende que se anulen ó se reduzcan las donaciones *inter vivos* que hizo su padre (que falleció intestado), ¿qué invoca más que su derecho á legítima? ¿Qué pretende sino salvar su porción legítima? Si hay siempre legítima siempre habrá término de comparación para señalar el usufructo viudal, con lo que cae por su base aquel razonamiento. Y en cuanto á las frases *tercio de mejora, tercio libre*, etc., ¿cómo puede dudarse que en toda sucesión existen esas porciones respecto de las cuales el causante tenía facultades diversas, por más que haya muerto sin hacer uso

de ellas y sin otorgar testamento? Ninguna de estas palabras pertenece, pues, de un modo exclusivo á las sucesiones testadas, y pueden con entera propiedad usarse en las intestadas, puesto que hacen referencia á diversidad de facultades del dueño de los bienes y no al hecho de haber usado ó no de esas facultades».

Por último, el tercer razonamiento no es más admisible que los anteriores, pues carece de todo fundamento de verdad la razón en que lo apoyan. El dicho del art. 953 del Código Civil, que preceptúa que: «En el caso de existir hermanos ó hijos de hermanos, el viudo ó viuda tendrá derecho á percibir, en concurrencia con éstos, la parte de herencia en usufructo que le está señalada en el art. 837», demuestra bien claramente, no que el cónyuge viudo no deba participar de la herencia abintestato del premuerto, sino que prueba que la creencia del legislador era que sin esta declaración no existiría el usufructo, y para que no falte este en ninguna clase de sucesión formula el precepto, ratificando una vez más el derecho de legítima establecido en el art. 837, para el caso de que concurra el viudo á la herencia de su consorte con parientes colaterales de éste.

Admitir que el cónyuge viudo es solo heredero forzoso del premuerto en la sucesión testamentaria, equivaldría á reconocer que el legislador había dejado á medias la obra que con plausible criterio se mandó levantar por la *base 17* de la ley citada, y tendríamos que explicarnos que con deliberado propósito se había faltado á lo ordenado por esta, cuando en realidad lo único que ha sucedido es, que los autores del Código no han sabido desarrollar con acierto lo que con elevado criterio preceptuó el legislador de 1888.

Además, que sería el mayor de los contrasentidos admitir que en un caso impone la Ley positiva, por modo expreso, la obligación de respetar ciertos derechos al viudo y en otros se los niega esa misma ley. Llamando como terminantemente llama heredero forzoso al viudo, de admitir la teoría que impugnamos, habría que presumir que la ley había querido decir á cada cónyuge: «Si disponiendo de tus bienes por testamento no respetas ciertos derechos para tu consorte, yo te haré respetarlos; pero

si mueres intestado, yo expontáneamente y por mi propio ministerio todo se lo niego». La magnitud del absurdo á que se llega discurrendo de este modo nos releva de más consideraciones.

Juicio que á la crítica merecen los derechos legitimarios del cónyuge viudo.—Si hubiéramos de juzgar de esta cuestión por los recelos con que ha sido recibida por algunos la concesión que la ley hace, el ánimo se hallaría vacilante, ya que no pocos espíritus han dejado de aplaudir las declaraciones de los nuevos legisladores en este punto; pero afortunadamente la reforma ha sido recibida con júbilo por la casi totalidad de los individuos de todas las clases sociales, y esto dice ya no poco en su favor.

Juzgando desapasionadamente, no podemos menos de considerar el punto en cuestión como el que más adelanto supone en la moderna obra legal, con cuyo paso ha quedado borrada una de las mayores deferencias que separaban al derecho común ó de Castilla con los principios que aceptados tenían las legislaciones forales, especialmente en Aragón y Navarra.

Como acertadamente dice un moderno escritor (1) «es indudable que por ley natural y civil, por mandato categórico de la religión, los esposos en el estado de matrimonio deben formar una sola alma, deben arrostrar unidos con serena mirada y estrechándose sobre su corazón, cuantas penalidades se presenten á su paso en la senda de abrojos porque en la vida se camina; y ¿quién puede dudar ni por un momento que semejante igualdad debe existir cuando en vez de la desdicha es la riqueza, la consideración social, el esplendor de la fortuna quien protege á los felices esposos? Es indudable también que en este caso, la misma ley natural y civil, la misma religión, ordenan que ambos participen de la ventura como pudieran haber compartido la adversidad».

También puede considerarse la necesidad de la institución que estudiamos como exigencia de la moralidad y buenas costumbres, pues no es aventurado suponer que en muchos casos la legítima viudal puede apartar, ó por mejor decir contribuir á que

(1) El Sr. Marina y Muñoz en su opúsculo sobre la legítima viudal.

el cónyuge que á la muerte de su consorte quede en la miseria, emprenda un camino contrario á la honestidad y á los respetos que debe al que en su vida fué su compañero inseparable.

Por último, es de toda evidencia, que los derechos legitimarios reconocidos al cónyuge viudo prestan á éste mayores condiciones para que á la muerte de su consorte le sustituya en esa autoridad con que ha de continuar en el seno de la familia, y hace que no queden súbitamente rotas las relaciones entre los sujetos que de esta sobrevivan.

Las observaciones que oponen los impugnadores de la institución que estudiamos, se fundan en los inconvenientes que creen ha de producir en el orden económico, por los perjuicios que han de originarse á los meros propietarios de los bienes afectos al usufructo, en cuanto que el usufructuario ha de procurar obtener la mayor cantidad de frutos sin consideración alguna á la naturaleza de los bienes y á los daños que en estos pueden sobrevenir; constituyendo además una verdadera carga sobre el total caudal hereditario, toda vez que este responde al derecho del viudo hasta que sea íntegramente satisfecho; carga que también recae sobre la legítima, á pesar de que esta por su naturaleza no es susceptible de limitación de ningún género.

Fácilmente se comprende que tales observaciones no tienen valor alguno, porque aunque los inconvenientes que señalan tuvieran la significación que ellos quieren darles, nunca su importancia podría contrarestar las inmensas ventajas que por las consideraciones que dejamos apuntadas presenta la institución de la legítima del viudo. Los inconvenientes que esta presenta no son otros que los propios de toda nueva institución, siendo más bien debidos al poco acierto con que los autores del Código han desenvuelto el pensamiento que á la institución en sí, á la cual no debe hacerse responsable de los desaciertos humanos.

Que los bienes afectos al usufructo han de ser perjudicados por el afán de obtener de ellos el usufructuario la mayor cantidad de rendimientos con el menor número posible de gastos, en ningún caso puede ser menos verdad que tratándose de los derechos del cónyuge viudo; porque es racional presumir que si co-

noce bien sus intereses les dedicará los cuidados debidos, ya que á la mayor diligencia en estos corresponde, por ley general, un mayor rendimiento; y como el aprovechamiento le dura cuanto su vida dure, de ahí que pueda creerse que durante toda ella hará de ellos un prudente uso; máxime teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos van después á parar á sus parientes.

Precedentes históricos de la legitima vidual en el Derecho civil de Castilla.—Con vergüenza para el antiguo Derecho civil de Castilla sucedía, que al romperse por la muerte los vínculos que unieron en vida á los cónyuges se operaba una separación tan grande en los intereses materiales de uno y otro, que para nada en ellos trascendía aquella intimidad de relaciones que por vida mantuvieron los esposos formando con sus bienes un fondo común; sucediendo que el cónyuge supérstite podía verse privado hasta de los medios más necesarios para la subsistencia, haciendo en él presa la miseria, al propio tiempo que otros individuos, quizá menos afectados al causante de la herencia, gozaban de la aureola que presta el esplendor de las riquezas, vulnerando con ello los más estrictos principios de justicia y equidad.

La antigua Legislación civil castellana tuvo en completo olvido á los cónyuges para concederles con el carácter de reciprocidad derecho á una participación á cada cual en la fortuna del otro, cuando el hecho fatal de la muerte rompía los lazos conyugales: la ruptura material de estos la hacían extensiva hasta la unión en que habían conservado los bienes. Solo á favor de las viudas, y para el único caso de que careciesen en absoluto de medios de subsistencia, admitió la Ley VII, tít. 13 de la Partida VI, la institución de la llamada *cuarta marital* (1); declaración legal que si rompió el completo olvido en que otras leyes dejaron á los viudos de ambos sexos, y bajo este punto de vista suponía un adelanto, era en cambio incompleta en cuanto que solo se refería á las *viudas*, y de hecho impracticable en la generalidad de los

(1) La citada Ley decía: «Si el marido no dejase á tal mujer con que pudiese bien é honestamente vivir, nin ella la oviese de lo suyo que pueda heredar fasta la quarta parte de los bienes dél, magüer haya hijos.»

casos, porque casi siempre sucedía que la viuda se resignaba con su pobreza por no dar publicidad al hecho de la miserable situación económica en que la había sumido la muerte de su marido. De modo, que prácticamente ninguna ventaja reportó la disposición de la citada Ley de Partida, no consiguiéndose el fin que su autor se propuso al dictarla, que no fué otro que responder á lo que el decoro de la familia exigía, evitando que la viuda se viese en la indigencia.

Penetrados los modernos jurisconsultos de la necesidad de reformar nuestras antiguas leyes civiles en este punto, inicióse el pensamiento de hacerlo así por la Comisión permanente encargada de proponer la fórmula de reforma, y al efecto se dijo en el Real Decreto de 2 de Febrero de 1880, que sería conveniente tal vez introducir en la legislación civil la institución conocida en Aragón y Navarra con el nombre de *viudedad ó usufructo foral*, para *vigorizar la familia*, aunque con las modificaciones que hubiere aconsejado la experiencia.

Inspirada en este mismo buen deseo se dictó la base 17 de la Ley de 11 de Mayo de 1888, cuyo contenido dejamos expuesto en lo esencial, y ya con esto se fué dando vida al pensamiento de conceder legítima al cónyuge viudo; bien que limitando su cuota á una parte igual á lo que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos, si los hubiere, y determinando los casos en que el derecho había de cesar. Mas el desarrollo que al pensamiento se ha dado tiene poco de afortunado en cuanto á la manera de formularlo, según dejamos antes afirmado y ocasión tendremos de observar muy pronto.

Tal era el estado de nuestro Derecho civil de Castilla cuando se promulgó el nuevo Código, pues á pesar de reconocerse desde muy antiguo las ventajas de las legislaciones forales en este punto, jamás se había hecho nada por equipararlas, siendo muy distinta la suerte de los viudos en unos territorios que en otros, dentro de la misma Península (1).

(1) Prescindimos de exponer en este lugar lo que las legislaciones forales establecen en el punto que estudiamos, porque reservamos su examen para el final del Capítulo, según es exigencia del plan que venimos desarrollando.

Condiciones con que la legalidad vigente en Castilla reconoce derechos legitimarios al viudo ó viuda.—De la simple lectura de lo que el art. 834 del Código Civil establece en su primera parte, al decir que «el viudo ó viuda que al morir su consorte no se hallare divorciado, ó lo estuviere por culpa del cónyuge difunto tendrá derecho á una cuota....»; se deduce, que para que la legítima del viudo tenga efecto es necesario que fallezca el consorte; que al tiempo del fallecimiento no estén los cónyuge divorciados, ó que si lo están no haya sido motivada la separación por culpa del sobreviviente, y en caso contrario, que haya obtenido perdón.

La razón que esto explica es bien sencilla, y demuestra además cómo el derecho legitimario del cónyuge viudo se funda en la consideración que es debida al que siempre compartió con el premuerto lo mismo los estados prósperos que adversos porque toda sociedad conyugal atraviesa.

Ya lo hemos dicho antes: la legítima del cónyuge viudo tiene su más racional explicación en la necesidad que la misma Ley natural impone de que el lazo del matrimonio que la muerte destruye no rompa cuantas relaciones los esposos mantenían, debiendo prevalecer las de orden económico, siquiera para que pueda mantenerse el cónyuge supérstite con el decoro que hace honor á la memoria misma del premuerto, continuando de este modo la solidaridad, por decirlo así, que existía entre las personalidades de los consortes, extendida hasta gozar la mujer de los mismos honores del marido, durante el matrimonio, y fuera de él, mientras no contraiga otro segundo, y siempre que no fueren estricta y exclusivamente personales. Pero cuando esa solidaridad se ha roto, cuando los tribunales en sentencia ejecutoria han resuelto que debe cesar esa vida común, ¿qué mucho es que cesen para después de la muerte los efectos económicos del matrimonio para aquél cónyuge que se separó de su compañero sin culpa del cónyuge difunto?

Carácter especial de la legítima del cónyuge viudo.—Los derechos legitimarios reconocidos hoy en Castilla al viudo ó viuda que al morir su consorte no estén separados ó la separación sea

motivada por causa del premuerto, presentan como caracteres distintivos el consistir solo en el usufructo de una parte de la herencia, no en el pleno dominio; usufructo que es vitalicio, pues dura tanto cuanto tiempo vive el cónyuge supérstite que lo disfruta, y en que la cuota varía, como á continuación veremos, según sea la clase de parientes con que concurra.

Es especialísimo el carácter de consistir solo en el usufructo de una parte de la herencia, porque solo en la legítima del viudo se dá esta particularidad, pues en todas las demás clases de legítima la porción de ésta que se asigna al heredero consiste en el pleno dominio de los bienes que integran esa porción de herencia de que el testador no puede disponer libremente; y la razón que para esto han tenido los autores del nuevo Código no ha sido otra, seguramente, que la de creer que con el aprovechamiento por vida del cónyuge sobreviviente de una determinada parte de la fortuna del premuerto, queda satisfecha la exigencia de proveer á las necesidades de aquél, y pagada la deuda de gratitud que con él tenía el consorte que le adelantó en la satisfacción de aquella otra que todos estamos obligados á cumplir.

Esta consideración, unida al deseo de que los bienes sean gozados por las sucesivas generaciones de familia, ha hecho que la ley no conceda en ningún caso la nuda propiedad al cónyuge viudo en la herencia que por su ministerio recibe del premuerto; evitando con esto al propio tiempo que parte de los bienes que en muchos casos habían de ser destinados á mejora, salgan definitivamente del poder de aquellos otros herederos para con quienes el causante de la herencia tiene deberes que no se extinguen en una generación. El carácter de temporalidad y de mera usufructuación que la legítima del cónyuge viudo tiene, hace que reviertan los bienes á las mismas personas que de no existir cónyuge supérstite los recibirían por herencia directa en pleno dominio, evitando que puedan pasar á personas por completo extrañas á la línea del premuerto. De esta manera se responde á la necesidad de declarar heredero forzoso al cónyuge sobreviviente, sin causar gran perjuicio á otros herederos directos.

Quantía de la legítima vidual, según los casos.—Otra particu-

laridad, decimos, que la legítima del cónyuge viudo presenta, es la de no consistir siempre y en todo caso en una cuota igual, proporcional á la cuantía del haber hereditario, sino que varía según la clase de herederos con quienes concurre, y en algún caso según el número de éstos. En concurrencia con descendientes del consorte fallecido le corresponde una cuota igual, en usufructo, á la que por legítima corresponde á cada hijo ó descendientes legítimos no mejorados; y si no quedare más que un hijo, el viudo ó viuda tendrá el usufructo del tercio destinado á mejora, de cuya parte deberá deducirse siempre la porción hereditaria del cónyuge viudo que concurre con hijos; á no ser que éstos sean de dos ó más matrimonios, en cuyo caso se deducirá de la tercera parte de libre disposición.

La primera parte de esta declaración legal, contenida en el artículo 834 del Código Civil, ha originado dudas acerca del significado de las palabras *cuota igual á la que por legítima corresponde á cada uno de sus hijos ó descendientes legítimos no mejorados*; pues hay quien entiende, que la cuota atribuida al viudo en usufructo es igual á la porción que corresponda á cada hijo legítimo en la parte de la herencia de que el padre no puede disponer, ó sea en el tercio que forma la legítima diminuta. En cambio otros opinan que la cuota del usufructo viudal es igual á la que tiene cada uno de los hijos no mejorados, en los bienes que, según el art. 808, constituyen la legítima, esto es, las dos terceras partes del haber hereditario.

Como se ve, la duda está en el significado ó alcance que se conceda á la palabra *legítima*, pues como en el Capítulo anterior dijimos, si el padre ha dispuesto del tercio de sus bienes mejorando, la verdadera legítima queda reducida, no á lo que dice el mencionado art. 808, sino á una tercera parte de la herencia, porque es en rigor de lo que el testador no puede disponer, por ser debida por ministerio de la Ley á determinadas personas, llamadas por eso herederos forzosos. Si el padre hizo uso de la facultad de mejorar, la inteligencia de la ley en el punto que estudiamos no ofrece duda; pero esta nace desde el momento en que el padre no usó de tal facultad, y dejó sin distribuir á su antojo la parte tercera de la herencia destinada á mejora.

Los partidarios de la primera opinión se fundan principalmente en la letra de la *base* 16 de la tantas veces mencionada Ley de 11 de Mayo de 1888, que dice: «El haber hereditario se distribuirá en tres partes iguales: una que constituirá la legítima de los hijos; otra que podrá asignar el padre, á su arbitrio, como mejora entre los mismos, y otra de que podrá disponer libremente.» Según este texto, para ellos no se extiende la legítima más que á la tercera parte de la herencia.

Los que en contrario piensan fundan su opinión en que los conceptos expresados en los artículos 806 y 808 del Código Civil, indican por modo claro, cómo debe entenderse la palabra *legítima* el primero, y que la de los descendientes la forman las dos terceras partes de la herencia, el segundo. Al decir el primer precepto de los indicados que legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley á determinados herederos, hay que entender que lo que quiere expresar con ello, dicen, es la prohibición de disponer á favor de extraños, no entre propios, y según esto la legítima de los descendientes está formada por los dos tercios del haber que como herencia dejan los ascendientes. Y si se atiende al contenido del art. 808, hay no menos razón, según ellos, para llegar á esta misma conclusión, toda vez que bien por modo expreso dice que constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Además, concluyen diciendo, la doctrina tradicional ha considerado como legítima todo aquello de que el testador no puede disponer en favor de extraños, y ha dividido la legítima en dos clases: una llamada *extricta, rigorosa ó diminuta* en la cual el padre no tiene la facultad de distribución; otra que se ha llamado *lata*, que comprende todo lo que el hijo percibe con cargo á la porción legítima, y que es mayor que aquella cuando el padre no ha usado su facultad de distribuir. Cuando se habla de legítima, se entendía la mayor; era preciso añadir las palabras *diminuta ó extricta*, para que se entendiera referirse á la porción pequeña que al hijo correspondía en la herencia del padre.

A juicio nuestro, tiene una mayor justificación la doctrina de estos últimos, pues no solo por las razones indicadas, sino por lo que se deduce de la redacción de otros artículos posteriores del mismo Código, como sucede con el 813, que expresa que sobre la legítima no puede el testador imponer gravamen ni condición salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo; y como este se dice que se sacará del tercio destinado á mejora, cuando los herederos son los hijos, de aquí la deducción lógica de que en este caso expresa el legislador que la legítima de los descendientes comprende los dos tercios de la herencia. Sin embargo, creemos que la debatida cuestión es sostenida más bien por el afán de discutir que por las dudas á que puede dar lugar la inteligencia de los términos de la ley; pues según esta, es sencillo comprender que el propósito del legislador no es otro, en el caso que estudiamos, de concurrir el viudo con dos ó más descendientes, que la cuota usufructuaria de aquél se deduzca con relación á la tercera parte de los bienes de la herencia en proporción al número de hijos, si el ascendiente mejoró; y que si no hizo éste uso de la facultad de mejorar, la deducción se haga tomando por base el importe de las dos terceras partes del caudal hereditario: en uno y otro caso el tanto de la cuota de la legítima viudal variará según el número de hijos ó descendientes que concurren á la herencia, debiendo ser en todo caso igual á la parte que éstos perciban, no siendo mejorados. Y aun puede suceder, que haciendo el padre uso de la facultad de mejorar no disponga á este efecto de toda la tercera parte de la herencia; en cuyo caso entendemos que la deducción de la cuota usufructuaria del viudo ó viuda deberá hacerse del tercio que forma la llamada legítima corta, mas el resto del otro tercio destinado á mejora, de que el testador no dispuso mejorando.

Resumiendo las anteriores consideraciones diremos: que si el padre no mejoró á ningún descendiente se tomará por tipo para hacer la fijación de la cuota legitimaria del cónyuge viudo el valor de lo que á cada hijo corresponda en las dos terceras partes de la herencia: si dispone solo de parte del tercio que á mejora pueda destinar, el tipo será lo que perciba de la tercera

parte de la herencia (legítima corta) mas el resto de la otra parte de que no dispuso para mejora; y, por último, si el testador dispuso de toda la tercera parte de sus bienes en beneficio de alguno ó algunos de sus descendientes, el tipo para fijar la cuantía será solo el valor de lo que el hijo recibe de una tercera parte de la herencia. En todo caso, repetimos, la cuantía del usufructo del viudo será mayor ó menor según el número de hijos, creciendo ó disminuyendo en razón inversa.

En el caso de no quedar más que un solo hijo ó descendiente, el viudo ó viuda tendrá el usufructo del tercio destinado á mejora, conservando aquél la nuda propiedad hasta que por fallecimiento del cónyuge supérstite se consolide en él el dominio (1).

Este caso no ofrece duda alguna en su aplicación, pues no hay más que adjudicar al hijo la tercera parte de la herencia, que forma la legítima estricta, en pleno dominio; al cónyuge sobreviviente el usufructo de la otra segunda parte destinada á mejora, y la nuda propiedad de esta parte también al hijo, quien recibirá en igual forma que el primer tercio, el todo ó parte del tercero de que no hubiese dispuesto el padre, como puede hacerlo libremente.

Al tratar de este extremo, y discurriendo de una manera sofisticada y poco conforme con el espíritu de la ley en punto á los derechos legitimarios de los cónyuges, dicen algunos tratadistas que la declaración que la ley hace equivale á negar todo derecho de legítima al cónyuge viudo cuando queda un solo hijo, porque como dice que en tal caso le corresponderá á aquél el tercio destinado á mejora, y mejora no puede haber por implicar esta una idea de relación para la cual falta un término, la declaración del legislador hace ilusorio tal derecho.

A nuestro entender, no es aceptable esta manera de discutir, y si bien conocemos que ha habido descuido en los redactores del Código, tampoco puede desconocerse que nunca fué propósito de éstos que el cónyuge viudo quedara privado de su

(1) Párrafo 2º del art. 834 del Código Civil.

derecho en ningún caso; y debiendo atender más al espíritu de la ley que á su propia letra cuando de interpretarla se trata, no podemos menos de reconocer derecho usufructuario al cónyuge viudo en el caso que estudiamos, cuya cuantía estamos seguros de que la ley quiere que sea la tercera parte del total haber hereditario. Al decir el legislador que el usufructo del cónyuge se deducirá en este caso del tercio destinado á mejora, no ha querido significar otra cosa, sino que la cuantía de los derechos del viudo alcance una extensión invariable, representada por la mitad de la legítima larga.

No dejando el testador descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho á la tercera parte de la herencia en usufructo. Este tercio se sacará de la mitad libre, pudiendo el testador disponer de la propiedad del mismo (1).

Como se ve, la Ley positiva equipara la condición del viudo, por lo que respecta á sus derechos legitimarios en la herencia del premuerto, en el caso de no existir descendientes pero sí ascendientes de éste, con aquél otro en que no hay más que un hijo ó descendiente; con la única diferencia de la parte de la herencia de que ha de deducirse esa cuota legitimaria, pues mientras que en el caso que ahora consideramos se deduce de la parte de libre disposición, en el otro, según acabamos de ver, grava el usufructo del viudo á la parte que hubiera podido destinarse á mejora, que es, como dicho tenemos, la parte de herencia sobre que se carga dicho usufructo vidual, cuando el cónyuge concurre con hijos ó descendientes de un solo matrimonio.

Cuando el testador no dejare descendientes ni ascendientes legítimos el cónyuge sobreviviente tendrá derecho á la mitad de la herencia, también en usufructo (2). Así, pues, la división se hará adjudicando al heredero ó herederos la mitad de los bienes en pleno dominio, y la nuda propiedad de la otra mitad, y el usufructo de esta al cónyuge viudo.

(1) Art. 836 del Código Civil.

(2) Art. 837 de id. id.

En el caso de concurrir hijos de dos ó más matrimonios, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo de segundas nupcias se sacará de la tercera parte de libre disposición de los padres (1).

Un punto ámpliamente discutido por la comisión deja el Código Civil sin resolver en este precepto, cual es, de dónde ha de sacarse el usufructo del viudo cuando solo existan hijos del primer matrimonio. Según unos, en este caso deben regir los principios que anteriormente dejamos explicados, porque creen que la especialidad de la disposición citada solo se ha dictado para cuando concurren con el viudo heredero hijos de dos ó más matrimonios. Pero según otros, á nuestro entender con más razón, aunque solo concurren con el cónyuge viudo de segundas nupcias hijos del primer matrimonio, la legítima usufructuaria de aquél debe deducirse de la parte de libre disposición, porque solo así se cumple el propósito de la ley, que no es otro que el de que los hijos de un matrimonio no sufran el gravamen creado por la ley en favor del cónyuge con quien ningún parentesco natural les une.

Por último, preséntase también en el caso que estudiamos la cuestión referente á cómo percibirá el viudo su usufructo cuando el tercio de libre disposición haya sido distribuido en mandas; pareciendo el criterio más racional el de que deberá comenzarse por pagar del tercio libre la cuota usufructuaria del viudo, pagándose con el resto los legados, guardando el orden de preferencia ó prorrateando, según los casos. Pero si el viudo es además de heredero forzoso en la parte consabida, legatario del tercio ó de parte de él, deberá comenzarse pagando la cuota usufructuaria, de orden preferente por su consideración de carga legal, y el resto se adjudicará como legado, si no excede de la cantidad legada; siguiendo la nuda propiedad de la parte asignada en usufructo, la suerte que le corresponda según la voluntad del testador.

Modos como puede satisfacerse al cónyuge viudo su derecho de usufructo.—Dado el especial carácter que presentan los derechos

(1) Art. 839 del Código Civil.

legitimarios del cónyuge viudo, no es de extrañar que el legislador, atento á conceder una mayor libertad en el derecho de propiedad, haya consignado una forma alternativa para satisfacer tales derechos, diciendo á este efecto en el art. 338 del Código, «que los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia ó los productos de determinados bienes, ó un capital en efectivo, procediendo de mútuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial. Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo.»

El fin de este precepto legal, no puede ser más loable, y su utilidad y conveniencia prácticas son bien manifiestas, pues que de este modo presta la ley grandes facilidades para las operaciones particionales y evitará en muchos casos posibles y hasta seguros rozamientos y disgustos entre el cónyuge viudo y los demás herederos legitimarios, quienes de ordinario miran no con buenos ojos ese gravamen que á favor del cónyuge viudo impone la ley sobre los bienes que en pleno dominio adquirirían si no fuera por la existencia de éste. Pero por lo que respecta á la aplicación de dicha declaración legal, hay que convenir en que dada la manera de estar redactada, puede presentar grandes inconvenientes, sobre todo cuando no medie acuerdo entre el cónyuge viudo y los demás herederos que hayan de satisfacerle su cuota legitimaria, pues como atendiendo á los términos en que la ley está redactada, parece que deja abierta por completo la puerta al arbitrio judicial, sucederá, que en muchos casos los jueces dictarán resoluciones que no conformen con lo que es más equitativo, por no conocer lo más conveniente á los interesados, conveniencia grandemente variable según las circunstancias.

Legislación foral sobre los derechos usufructuarios del cónyuge viudo

Cataluña.—Los derechos del cónyuge viudo en Cataluña son los conocidos con los nombres de *año de luto* y *tenuta*. El primero se refiere al derecho que la mujer tiene durante el primer año de su viudez, á ser provista con parte de los bienes del marido de todo lo necesario para la vida. Pero para que la viuda goce de este derecho es necesario, como dice el Usage Vidua, que no contraiga otras nupcias, que viva casta y honestamente y que alimente á sus hijos; perdiendo tal derecho si cometiere adulterio.

El derecho de *tenuta*, es un privilegio de que la viuda goza en Cataluña para seguir con el usufructo y posesión de los bienes del marido hasta ser reintegrada de su dote y esponsalicio. Tal derecho se extiende sobre los bienes todos del marido, así como á los derechos y acciones del mismo, sin más excepción que los que éste tuviera en usufructo.

Para que el derecho de *tenuta* pueda tener lugar, es necesario que la viuda haya aportado dote y que comience á formar inventario en el primer mes y lo concluya en el segundo.

Una vez puesta la viuda en posesión de su *tenuta* debe cumplir las obligaciones de todo usufructuario, menos la de prestar fianza; y satisfacer las cargas ordinarias que pesaren sobre la herencia, especialmente la de dar alimentos á las personas á quienes los debiera el difunto.

El derecho de *tenuta* termina cuando la viuda ha recibido su dote y esponsalicio, y ha sido además pagada si algún crédito tenía contra el marido. Pero además de este que podemos decir es modo natural de terminar el derecho de *tenuta*, hay otros por los cuales se dice que la viuda no goza ó pierde este mismo derecho: lo primero sucede cuando renunció á él en capitulaciones matrimoniales; cuando aceptó la herencia del marido sin benefi-

cio de inventario; cuando la dote consista en inmuebles inscriptos á nombre de la mujer en el Registro de la propiedad; y cuando el marido le hubiere asegurado rentas ó bienes en garantía de su dote y esponsalicio: y se dice que la viuda pierde el derecho de tenuta, cuando no practica las diligencias necesarias para cobrar su dote y esponsalicio, y cuando encontrando numerario en la herencia, suficiente á cubrir la cantidad que debe recibir por su dote y esponsalicio, consiente que se aplique á cubrir otros créditos menos preferentes.

Aragón. — Llámase en Aragón *viudedad ó usufructo foral* al derecho que corresponde al cónyuge sobreviviente en los bienes inmuebles (sitios) del cónyuge difunto. La muerte es la que dá nacimiento á este derecho; pero para que puedan reclamarla el viudo ó viuda es necesario que el matrimonio se haya consumado, ó que por lo menos los esposos hayan oído la misa nupcial.

Este derecho de viudedad ó usufructo es recíproco para ambos cónyuges; debiendo distinguir los bienes de cada uno de aquellos á que grava el derecho del viudo ó viuda.

Los bienes sobre que corresponde tal derecho á la mujer son: los propios del marido enajenados ó gravados sin consentimiento de la mujer, aunque lo hayan sido para pago de legados; los bienes que el marido le hubiese asignado en dote, y los aportados por la mujer en calidad de estimados, existentes al ocurrir el fallecimiento del marido; los dotales de la primera mujer, si alguno de ellos se aplicó á dotar á la segunda por no tener el marido bienes propios con que hacerlo, y la mitad de los adquiridos por compra por el marido durante el matrimonio.

Los bienes de la mujer sujetos á viudedad á favor del marido son los siguientes: los sitios (inmuebles) propios de la mujer y los que le correspondan de los comunes, ya hubieran sido aportados aquellos con tal calidad por la mujer al matrimonio, ya aunque durante este no los haya poseído por cualquier causa; los bienes sitios correspondientes á los herederos de la mujer en virtud de pacto de hermandad, si no se renunció expresamente á la viudedad; y el derecho de patronato real.

Al cónyuge viudo corresponden cuantos derechos se conceden á todo usufructuario; y en cambio contrae la obligación de formar inventario, usar de los bienes con el cuidado que si fueran propios, mantener á los hijos é hijastros, si no tienen bienes propios, satisfacer las deudas del difunto con los frutos pendientes, y hacer la restitución cuando concluya la viudedad para cuyo efecto debe dar caución para responder de los bienes y semovientes.

Por último, el usufructo del cónyuge viudo en Aragón se extingue: por la muerte, por contraer segundo matrimonio, por renuncia expresa, por adulterio, por vivir la viuda deshonestamente, por atentar contra la vida del cónyuge, por dividirse los bienes sitios entre los herederos del cónyuge difunto y el usufructuario, por perderse por prescripción los bienes gravados con el usufructo, por prescribir á los veinte años la acción para reclamar la viudedad, y por enajenar el derecho de usufructuario.

Navarra.—Llámase en Navarra usufructo de *fealdad* á los derechos correspondientes al cónyuge viudo, derechos que primeramente fueron concedidos á la clase noble y después se extendieron por costumbre á todas.

Por la legislación de Navarra tiene el cónyuge viudo derecho al usufructo de los bienes de toda clase del premuerto, bajo las siguientes condiciones, que se traducen en otras tantas obligaciones del usufructuario: comenzar á formar el inventario á los 50 días siguientes á la defunción del otro cónyuge y terminarlo dentro de otros tantos, so pena de perder los derechos usufructuarios: prestar fianza, si no fué relevado de esta obligación por el causante del derecho usufructuario: criar y educar los hijos el cónyuge viudo, dedicando al efecto los bienes necesarios y que guarden relación con la condición social del que ha de dar y recibir estos cuidados y educación: cuidar de los bienes como lo haría un diligente padre de familia, sin poder vender ni cambiar ninguno de ellos; y restituir los bienes á la terminación del usufructo.

Pierde el derecho de usufructo en Navarra el cónyuge viu-

do, por faltar á cualquiera de las obligaciones indicadas, por contraer segundo matrimonio y por vivir la viuda deshonestamente.

Vizcaya.—El Fuero de Vizcaya ofrece datos suficientes para poder asegurar que existe en dicho territorio una legítima viudal, aunque con carácter algún tanto distinto del derecho que hemos visto corresponde al cónyuge viudo en las otras legislaciones forales que dejamos examinadas (1).

El derecho del cónyuge viudo lo disfrutaban en Navarra ambos cónyuges, dura solo año y día, y para que lo disfrutaran es necesario que hayan hecho alguna aportación al matrimonio, perdiendo tal derecho por contraer segundas nupcias. El término dicho puede ampliarse hasta que el viudo sea reintegrado de su aportación matrimonial.

(1) Dice la Ley II, tit. 20 de los privilegios, franquicias y libertades del Señorío de Vizcaya y sus adherentes (según un Códice impreso en letra gótica en 1526, propiedad de D. Gonzalo de las Casas): «Otro sí que si acaesce que quien vino á la tál caseria fué muger con docte ó arreo que esta tál, suelto el matrimonio ó sin hijos ó descendientes puede estar fasta año día estando en anito viudal y gozar del usufructo de su meytad con que no corte por pie porque excède del usufructo ni tampoco de la rama para mas de la prouisión de casa su leña y si mas pa mas cortare moite alguno sea tenuto de locos pensar en aquello que tiene de rescibir pero de todo lo al pueda gozar para sus alimentos sin descuento alguno y lo mesmo sea en el varon que á la casa de la muger viniere. Y passado el año y día estando dentro y gozando de los frutos suso declarados pueda pedir cada uno á ellos lo suyo como viere que le cumple y goze los frutos fasta que le pague su docte sin descuento alguno y que acabado el año y dia offreciendole su recibo sea tenuto de salir y no antes».

DOCTRINA LEGAL

Art. 834 El viudo ó viuda que al morir su consorte no se hallare divorciado, ó lo estuviere por culpa del cónyuge difunto, tendrá derecho á una cuota, en usufructo, igual á la que por legitima corresponda á cada uno de sus hijos ó descendientes legítimos no mejorados.

Si no quedare más que un solo hijo ó descendiente, el viudo ó viuda tendrá el usufructo del tercio destinado á mejora, conservando aquél la nuda propiedad, hasta que por fallecimiento del cónyuge supérstite se consolide en él el dominio.

Si estuvieren los cónyuges separados por demanda de divorcio, se esperará el resultado del pleito.

Si entre los cónyuges divorciados hubiere mediado perdón ó reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos.

Art. 835 La porción hereditaria asignada en usufructo al cónyuge viudo deberá sacarse de la tercera parte de los bienes destinada á la mejora de los hijos.

Art. 836 No dejando el testador descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho á la tercera parte de la herencia en usufructo.

Este tercio se sacará de la mitad libre, pudiendo el testador disponer de la propiedad del mismo.

Art. 837 Cuando el testador no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho á la mitad de la herencia, también en usufructo.

Art. 838 Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia ó los productos de determinados bienes, ó un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo, y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.

Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo.

Art. 839 En el caso de concurrir hijos de dos ó más matrimonios, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo de segundas nupcias se sacará de la tercera parte de libre disposición de los padres.



CAPITULO XX

De los derechos de los hijos ilegítimos

PARA terminar el estudio de la materia legal concerniente á las legítimas, solo nos resta examinar los derechos legitimarios que la legalidad vigente concede á los hijos ilegítimos, cuyas cuestiones forman el asunto propio del presente Capítulo; debiendo advertir que entre los mismos hijos ilegítimos hace una distinción de gran importancia el Código, según que se trate ó no de hijos naturales, y aun dentro de los que por razón de origen tienen esta condición, según que estén ó no legitimados, como asimismo según la clase de legitimación que hubieren alcanzado. De los legitimados por subsiguiente matrimonio nada hemos de decir, porque ya dejamos consignado que la Ley civil positiva, de acuerdo con nuestro Derecho civil tradicional, les concede la misma consideración que á los legítimos en el seno de la familia y por tanto la misma legítima que á éstos, como expresamente declara el art. 122 del nuevo Código Civil.

Legítima de los hijos naturales reconocidos: juicio que á la crítica merece.—Los derechos que la legalidad vigente reconoce al hijo natural, son llamados por nosotros con el nombre genérico

de *legítima*, porque no otra calificación merecen, ya que versan sobre bienes de que el testador no puede privarles por estarle reservados á aquél por ministerio de la ley, por cuya circunstancia es llamado heredero forzoso el hijo natural, y comprendido entre los de esta clase en el art. 807 del Código Civil: y no nos explicamos cómo el legislador, después de haber dado á dicha clase de hijos el concepto de herederos forzosos, no llama terminantemente legítima á los derechos que les concede, sino que los comprende bajo el epígrafe general de «derechos de los hijos ilegítimos», cuya denominación expresa menos, por ser más general.

Llámeselos como quiera, es lo cierto que el Derecho civil vigente reconoce á los hijos de la indicada clase unos derechos sucesorios en la herencia de sus ascendientes, acerca de cuya justificación y oportunidad no se ha pronunciado unánime juicio; pues mientras unos creen que tal concesión implica un peligro para la base orgánica de la familia y para las relaciones de los individuos que la constituyen, llegando á calificarla de inmoral en cuanto sanciona y beneficia hechos reprobados por la misma naturaleza, otros, por el contrario, opinan que estas y otras concesiones otorgadas á los hijos naturales en sus relaciones con los padres que los engendraron, atacan la inmoralidad y son, por ende, morales.

Indicado el juicio que en uno y otro sentido merece á los críticos la legítima de los hijos naturales, y sin querer entrar á examinar más al detalle los razonamientos hechos por unos y otros, por estimar que esta es doctrina que debe explicarse en momentos anteriores del examen de la ley, solo diremos, para concluir sobre este punto, que la cuestión habrá que resolverla en uno ú otro sentido según del punto de que se parta: si el deber de dejar ciertos bienes á determinada persona lo impone la ley en consideración á las indestructibles relaciones que los vínculos de la sangre crean, ese deber debe cumplirse con toda clase de hijos; pero si, por el contrario, es impuesto en atención, más que al fondo á la forma de las relaciones familiares, en este caso tienen razón los primeros.

De todos modos, no puede negarse que el hecho de privar á los hijos naturales de todo derecho sucesorio con relación á los autores de sus días, equivaldría á castigar con muy dura pena á quien nada de su parte puso en la comisión del hecho punible.

No negaremos tampoco que el reconocimiento de derechos sucesorios á favor de tales hijos puede perjudicar á los derechos de los hijos legítimos, y bajo este punto de vista también sale castigado alguien que es inocente; pero téngase en cuenta que este daño que puede causarse á la familia legítima no es de la significación que á primera vista parece, dado que siempre se deduce la cuota de la legítima que ahora estudiamos de la parte de libre disposición, juntamente con los derechos legitimarios del cónyuge viudo en algún caso, como sucede cuando concurre con un hijo natural y el testador no deja descendientes pero sí ascendientes; y prévia deducción de los gastos de funeral y entierro. Es decir, que la legítima de los hijos naturales es de cuantía más reducida de lo que á primera vista parece, según tendremos ocasión de observar, y en todo caso muy inferior á la del hijo legítimo, como en justicia y equidad debe de ser.

Precedentes históricos sobre los derechos sucesorios de los hijos ilegítimos.—No en todos los tiempos ha sido igual la consideración que á las leyes han merecido los hijos nacidos de uniones ilegítimas, para los efectos de declararles derechos en la herencia de los padres; y concretando nuestra atención á lo que sobre el particular ha dispuesto nuestro Derecho histórico, observaremos que esa distinta condición en que han sido considerados tales hijos, se manifiesta dentro del seno mismo de la familia natural, según que se trate de la herencia del padre ó de la madre; distinción que es de toda necesidad hacer para la mejor inteligencia del Derecho antiguo en el orden que estudiamos.

Con arreglo á la Ley X de Toro, no teniendo el padre hijos ó descendientes legítimos podía mandar justamente al hijo natural todo lo que quisiese, aunque tuviese ascendientes legítimos. Teniendo hijos ó descendientes legítimos solo podía dejarle la parte libre, ó sea el quinto, pues la misma ley acabada de citar le permitía hacerlo por vía de alimentos con relación á los de-

más ilegítimos. Pero si el padre hacía testamento y omitía en él al hijo natural, éste, con arreglo á la Ley VIII, tít. 13, Partida VI, tenía el derecho de exigir alimentos á los herederos del padre, quienes estaban obligados á dárselos en proporción á la importancia de la herencia. Así fué confirmado también por sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Marzo de 1868, en la cual se dice, que el derecho que la citada Ley de Partida concede al hijo natural para reclamar alimentos, con arreglo á la cuantía de la herencia del padre, se halla limitado al caso de que éste en su testamento no se acordase de tal hijo (1).

En la herencia de la madre los derechos de los hijos naturales eran distintos que respectó del padre, y más favorables á aquellos. La Ley XI, tít. 13, Partida VI, llamaba á la herencia á todos los hijos ilegítimos, excepto los incestuosos, los espúreos y los de dañado ayuntamiento, en concurrencia con los legítimos. La Ley IX de Toro, restringió este derecho, prohibiendo que los ilegítimos heredasen á sus madres *ex testamento* y abintestato cuando existiesen hijos ó descendientes legítimos, si bien podía la madre en este caso dejarles en vida ó muerte hasta la quinta parte de sus bienes: y no teniendo la madre descendientes legítimos, aunque viviesen su padre ó madre ú otros ascendientes legítimos, el hijo ó nieto ilegítimo era su heredero (2).

Derechos que el Código Civil concede á los hijos naturales en la herencia de sus padres.—El estado de nuestro Derecho civil era el que acabamos de indicar, cuando publicada la Ley de bases para la formación de un Código en 11 de Mayo de 1888, se dispuso en la última parte de la señalada con el número 16, que los hijos naturales reconocidos tendrán derecho á una porción hereditaria, que, si concurren con hijos legítimos, nunca podrá exce-

(1) Otros extremos comprende la citada sentencia; pero como se refieren á la herencia intestada aplazamos la exposición de su contenido para cuando del estudio de esta nos ocupemos.

(2) Adviértase que solo hablamos en este lugar de los derechos del hijo natural en la herencia testada del padre y de la madre, dejando de exponer los que abintestato tenían, para cuando expliquemos esta clase de sucesión.

der de la mitad de lo que por su legítima corresponda á cada uno de éstos; pero podrá aumentarse esta porción cuando solo quedaren ascendientes.....; precepto que ha sido desenvuelto en varios artículos del Código Civil con un criterio que reforma radicalmente el Derecho tradicional, pues que dá á los hijos naturales el concepto de herederos forzosos, cuya calificación nunca llegaron á merecer, en particular por lo que se refiere á la herencia del padre. Hoy no se hace distinción sobre si la herencia es del padre ó de la madre: en ambas tienen reconocidos iguales derechos, y únicamente varían estos según la clase de herederos con quienes concurren, por lo cual, y para la mejor inteligencia de la doctrina legal, distinguiremos en los derechos legitimarios de los hijos naturales los casos siguientes:

Primer caso: cuando el hijo natural concurre con otros hijos ó descendientes legítimos.— Declarado tiene el Código Civil para este caso, que cada uno de los hijos naturales legalmente reconocidos tendrá derecho á la mitad de la cuota que corresponda á cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral (1).

En esta disposición legal se vé confirmada nuestra afirmación de que los derechos legitimarios de los hijos naturales tienen igual consideración, tratándose de la herencia del padre que de la madre, pues la ley no hace distinción de ninguna clase; pareciéndonos bien de que así suceda, porque exigiendo la ley que el hijo natural esté legalmente reconocido para gozar de tales derechos, no habría razón que justificara una distinción que la naturaleza no marca.

Ahora bien, hay que observar, que el precepto legal, tal como está redactado, puede dar lugar á muchas dudas y cuestiones, por eso mismo de que concede derechos en oposición alguna vez indirecta y otras manifiesta con los derechos de otros herederos forzosos; y siempre contradiciendo el principio de que hoy el testador puede disponer libremente de un tercio de la herencia.

(1) Art. 840 del Código Civil.

Como los términos que el legislador emplea al determinar la legítima de los hijos naturales legalmente reconocidos, son idénticos á los usados al hablar de la legítima del cónyuge viudo, lo primero que aquí, lo mismo que allí, ocurre preguntar, á qué legítima de los hijos se refiere; duda que con igual criterio hemos de resolver diciendo, que si el testador hizo uso de la facultad de mejorar, la cuota legitimaria de los hijos ó descendientes legítimos, reguladora de la correspondiente á los hijos naturales, será la tercera parte de la herencia, que forma la legítima estricta ó diminuta: si solo en parte usó el testador de la facultad de mejorar la cuota legitimaria de los hijos ó descendientes legítimos, tipo para la deducción de la del natural, será el primer tercio de la herencia, más el resto del segundo tercio que á mejorar no hubiera aplicado el padre; y cuando á nadie hubiera mejorado, la legítima de los descendientes legítimos que habrá que tener en cuenta para con relación á ella marcar la cuota legitimaria del natural ó naturales, será la llamada legítima larga; esto es, la formada por dos tercios de la herencia.

Por otra parte, dados los términos en que el precepto legal está redactado, decimos que los derechos reconocidos al hijo natural, están en oposición indirecta con los derechos de los hijos legítimos, sin que valga decir que nunca puede atacar á éstos el reconocimiento de la legítima de aquellos, por haber de salir del tercio de libre disposición; porque si bien esto parece verdad á primera vista, no lo es en el fondo, en cuanto que en el caso de no existir tales hijos naturales, ni disponer el testador del tercio de la herencia á favor de extraños, los bienes que forman tal porción, serían necesariamente para los hijos legítimos, y de ella se ven privados, cuando existen naturales.

Por último, decimos que la declaración legal de referencia contradice al principio de que el testador puede disponer libremente de un tercio de la herencia, porque si de este mismo tercio ha de deducirse la porción asignada al hijo natural, la cual es declarada por la ley á favor de éste, no podrá el testador ascendiente disponer de ella, en cuanto que en realidad se debe en todo ó en parte al hijo ó hijos naturales, cuando han sido reconocidos legalmente.

Mas la legítima del hijo natural sufre importantes deducciones en el caso que estudiamos, que hacen que no sea en realidad ni aproximadamente cierto lo de que tal legítima sea igual á la mitad de lo que por el mismo concepto corresponda á cada hijo legítimo no mejorado. Estas deducciones son: lo que en el entierro y funeral del causante de la herencia se gaste, y el usufructo correspondiente al cónyuge viudo de segundas nupcias, cuando concurre con hijos de dos ó más matrimonios; caso en que dicho usufructo se saca, como dejamos explicado, de la tercera parte de libre disposición de los padres.

Lo que por modo claro se deduce de los términos del precepto legal á que nos venimos refiriendo, es que el legislador no quiere que en ningún caso disfruten los hijos naturales de más beneficios en la herencia de sus padres, que aquellos que quepan en la parte dejada á la libre disposición de aquellos; lo cual en cierto modo supone nueva sanción á lo que dispuesto tenía el Derecho civil histórico, según el cual, también el padre podía dejar al hijo natural lo que á su libre disposición quedaba, que como es sabido, se reducía al quinto de la herencia; bien que con la gran diferencia de que ahora se extiende tal derecho á un tercio, y la muy esencial de ser un derecho reconocido por la ley, que el padre no puede atropellar, y que si por acaso lo olvida, tiene el hijo acción para reclamar su porción legitimaria, como la tiene todo heredero forzoso.

Juzgando en concreto de la legítima del hijo natural, por razón de la cuantía que la forma, cuando concurre con hijos ó descendientes legítimos, no podemos menos de manifestarnos conformes con el criterio del legislador, quien si por una parte se ha hecho eco de que la descendencia ilegítima no debe ser castigada con la privación absoluta de toda participación en la herencia de sus padres, en cambio reconoce que sería temeridad grande llegar á hacerles una concesión que fácilmente confundiera los derechos de los hijos de una y otra clase. Los autores del nuevo Código se han colocado en un justo medio en el punto que estudiamos, y por eso creemos que las observaciones que á sus declaraciones se hagan, son más bien nacidas de un exage-

rado puritanismo, que fundadas en argumentos de razón, imposibles de formular para cuantos crean que los derechos sucesorios son un recíproco de los deberes que la paternidad impone, los cuales se extienden, como en otro lugar dejamos explicado, hasta dejar á los hijos siquiera una parte de sus bienes de fortuna con que hacer frente á las más apremiantes necesidades de la vida.

Segundo caso: concurrencia del hijo natural con ascendientes legítimos del padre ó madre que le reconoció.—Para este caso dispone el art. 841 del Código Civil, que los hijos naturales reconocidos, tendrán derecho á la mitad de la parte de herencia de libre disposición; sin perjuicio de la legítima del viudo, ascendiente á la tercera parte de la herencia en usufructo, cuya parte se sacará de la misma mitad libre; de modo, que concurrendo el viudo con hijos naturales reconocidos, se adjudicará á éstos sólo en nuda propiedad, mientras viviere el viudo, lo que les falte para completar su legítima. Constituye, pues, la legítima de los hijos naturales legalmente reconocidos en el caso que ahora examinamos, la cuarta parte del total haber hereditario, toda vez que esa parte de libre disposición de que ha de deducirse la legítima de los hijos naturales, asciende á la mitad de la herencia, y en ella corresponde á éstos una mitad: es la mitad de la mitad de todo el haber hereditario.

Cuando la concurrencia de hijos naturales reconocidos tiene lugar en la herencia del padre ó de la madre, solo con ascendientes legítimos de éstos, la división de la herencia no presenta dificultad alguna, porque no hay más que hacer de ella dos partes iguales, dando á una de ellas la consideración de legítima de los ascendientes y subdividiendo la otra en otras dos mitades iguales, adjudicando una de ellas como legítima á los hijos naturales, y quedando la otra como de libre voluntad del testador. Pero cuando los referidos hijos naturales concurren con el cónyuge viudo del testador, á más de con los ascendientes legítimos de éste, la distribución de la herencia no se presenta ya tan clara, ó por mejor decir, no se presentan tan desligados los derechos é intereses de cada uno de los concurrentes á la herencia; porque resulta que sobre la mitad libre de esta existe cierta colisión

entre el derecho del viudo al usufructo de un tercio del total de la herencia y el de los hijos naturales reconocidos legalmente á una cuarta parte de la misma, y como un tercio y un cuarto forman más de un medio, de aquí que se diga que hay incompatibilidad entre unos y otros derechos legitimarios.

Para resolver este caso de incompatibilidad parcial, dá una regla el párrafo segundo del mencionado art. 841, haciendo que ceda el derecho que en principio declara á favor del hijo natural ante el que reconocido le tiene al cónyuge viudo. Según dicha regla, seis dozavas partes del total de la herencia se adjudicarán á los ascendientes legítimos del testador; y de las otras seis restantes se adjudicarán dos en pleno dominio al hijo ó hijos naturales, y la nuda propiedad de las otras; gravando el usufructo del viudo á una dozava parte, cuyo dominio consolidarán aquellos al fallecer éste, y á las otras tres dozavas partes, que con todas las anteriores forman el completo de la herencia.

De lo dicho en el caso que ahora examinamos se deduce, que la legítima de los hijos naturales es objeto de una nueva deducción ó limitación, en cuanto que el usufructo de una parte de ella ha de adjudicarse al viudo, para el pago completo de su legítima, y que también se ve limitado el derecho que en principio se concede al testador para disponer libremente de la mitad de la herencia cuando no tiene descendientes legítimos.

Tercer caso: cuando el testador no deja descendientes ni ascendientes legítimos.—En este caso, los hijos naturales legalmente reconocidos tienen derecho á la tercera parte de la herencia; sin que pueda haber oposición entre los derechos de éstos y los del cónyuge viudo, en el supuesto de que éste exista, porque la parte que á cada uno corresponde en la herencia puede considerarse como independiente y desligada de la del otro, toda vez que en el caso de referencia corresponde al viudo la mitad de la herencia en usufructo, y al hijo ó hijos naturales la tercera parte de la misma en propiedad, y una y otra porción juntas no suman tanto como la totalidad del haber hereditario.

Forma en que pueden satisfacer los hijos legítimos á los naturales su porción legitimaria.—Según terminantemente expresa el pá-

rrafo 2° del art. 840 del Código Civil, «los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponda á los naturales en dinero ó en otros bienes de la herencia á justa regulación».

De este precepto parece deducirse por modo claro, que los hijos legítimos tienen la facultad de elegir la forma del pago sin que para nada sea necesario el acuerdo con los hijos naturales; y si esto es así, no se cumple lo que seguramente fué propósito del legislador, pues no es aventurado suponer que éste quiso conceder á los hijos legítimos igual facultad para pagar su cuota legítima á los ilegítimos, que la que á todo heredero concede para satisfacer al cónyuge viudo su parte de usufructo. Las palabras empleadas por el legislador en uno y otro caso tienen que producir un resultado muy diferente, porque mientras que tratándose del viudo exige la ley su conformidad respecto de los bienes y de la forma en que ha de satisfacerse su legítima, refiriéndose á los hijos naturales en concurrencia con los legítimos, dá á éstos cierta autoridad y libertad respecto de aquellos puntos.

Si esta diferencia ha sido querida por el legislador, ¿á qué puede obedecer? A juicio nuestro no puede tener otra explicación que la que tienen cuantas limitaciones se han impuesto á la legítima de los hijos naturales, después de declarar en principio que tienen derecho á la herencia de sus padres, en una parte equivalente á la mitad de la que correspondá á cada hijo legítimo, no mejorado; que el legislador ha temido á los efectos de su mismo atrevimiento, al dar un puesto de no escasa significación á la familia natural al lado de la familia legítima.

Caracteres que en todo caso tiene la legítima de los hijos naturales. — Además del carácter relativo que la legítima de los hijos naturales presenta, por razón de no consistir siempre en una cuota fija, sino que esta varía según las circunstancias y las personas con quienes concurren á la sucesión de sus padres, según acabamos de ver, pueden asignarse á la legítima que ahora examinamos otros tres caracteres, cuales son: el de ser transmisibles los derechos reconocidos á los hijos naturales, por muerte de éstos, á sus descendientes legítimos; el de ser un derecho que por reciprocidad corresponde en los mismos casos al padre ó madre

naturales; y el de limitar la facultad de la libre disposición.

El primero de los indicados principios sanciona la representación en favor de la descendencia del hijo natural, para suceder al abuelo cuando su padre faltare; pero hay que advertir, que atendiendo al texto literal de la ley, esa representación solo se concede á favor de los descendientes legítimos del hijo natural, excluyendo, por tanto, de ella, á toda descendencia ilegítima. Y no cabe interpretar de otro modo esta declaración legal, porque dada la clase de derechos que regula hay, que presumir con más fundamento que en otros casos, que el legislador no quiso decir más de lo que dijo.

De todos modos, aun concedida la representación solamente para los descendientes legítimos, resulta que el novísimo Derecho civil ha introducido una reforma de importancia en este punto con relación al Derecho histórico, porque este no concedía en ningún caso la representación para heredar á ninguna clase de descendientes ilegítimos. Es decir, que en los limitados casos en que á los hijos naturales concedía determinados derechos, estos no se trasmitían nunca á la descendencia de aquellos por su muerte, fueran descendientes legítimos, fueránlo ilegítimos.

El carácter de reciprocidad que á la legítima de los hijos naturales concede la legalidad vigente, está determinado en el artículo 846 del Código Civil, al decir que el derecho de sucesión que la ley dá á los hijos naturales, pertenece por reciprocidad en los mismos casos al padre ó madre naturales.

Aunque la ley no lo dice de una manera expresa, indica, sin embargo, lo suficiente para comprender que tal reciprocidad en la línea natural no se extiende á más que á padres é hijos naturales, excluyendo de esta sucesión recíproca á los abuelos y nietos de igual condición de origen.

Tampoco declara la ley cuál es la porción legitimaria de los padres naturales en la sucesión de los hijos de esta misma clase, á quienes hubieren reconocido; si bien se deduce que la cuantía de tal legítima es la correspondiente á la mitad de la de los ascendientes legítimos; ó sea la cuarta parte de la herencia: conclusión á que llegamos, juzgando por analogía de lo que sucede al

determinar la cuota legitimaria de los ascendientes en las herencias de sus descendientes legítimos, y la de los hijos naturales en las de sus ascendientes naturales.

Sabido es que el legislador señala una cuota más reducida para legítima de los ascendientes legítimos que la que fijada tiene á los descendientes de esta clase; cuota que asciende solo á la mitad de la herencia para aquellos, cuando para éstos se hace subir á los dos tercios; y como á los hijos naturales se les ha señalado una cuota igual á la mitad de la correspondiente á cada hijo legítimo no mejorado, creemos que con igual razón debe entenderse que los padres naturales tendrán en la herencia de los hijos de esta condición la mitad de la suma que como legítima tendrían los padres legítimos; ó sea, repetimos, la cuarta parte correspondiente al total valor de la herencia.

Decimos, por último, que el derecho de legítima de los hijos naturales, limita en todo caso la facultad que en principio concede la ley al testador para disponer libremente de parte de sus bienes, porque siempre sucede, que la cuota asignada como legítima á tales hijos, gravita sobre lo que forma esa parte libre, pues aun en el caso de no existir descendientes ni ascendientes legítimos del testador, los derechos de los hijos naturales coartan la libre acción del padre natural para disponer de ciertos bienes, en cuanto que siempre y en todo caso ha de respetar los derechos asignados á los hijos naturales que hubiera reconocido, sin cuya existencia, y no teniendo otros herederos forzosos, hubiera podido disponer libremente de la totalidad de sus bienes.

Donaciones imputables en la legítima de los hijos naturales.— Según expresión del art. 847 del Código Civil, las donaciones que el hijo natural haya recibido en vida de su padre ó de su madre, se imputarán en la legítima; de conformidad con lo que á su vez dispone el art. 1,035 del mismo cuerpo legal, al decir que el heredero forzoso que concorra, con otros que también lo sean, á una sucesión, deberá traer á la masa hereditaria los bienes ó valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación, ú otro título lucrativo,

para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición.

El objeto, pues, de esta imputación, no es otro que determinar si tales donaciones son ó no inoficiosas, en relación con la cuantía de lo que por legítima máxima pueda corresponder á los hijos naturales reconocidos legalmente; razón por la cual, aunque la ley no lo expresa, puede concluirse que esas donaciones colacionables son todas cuantas los padres naturales hubieran hecho á sus hijos. Si las mencionadas donaciones no excedieran del tercio de libre disposición, subsistirán con toda su validez; pero si excediesen, se reducirán en la forma que explicada queda al hablar de la reducción de las donaciones hechas, menguando la legítima de los otros herederos forzosos.

Si las donaciones que el hijo natural hubiera recibido de sus padres no se imputaran en su legítima, podría suceder que en algún caso tal hijo recibiera en definitiva una cantidad en la herencia del padre superior á la que el legislador quiere concederle.

Para concluir el estudio de la legítima de los hijos naturales, vamos á hacer una observación que se deduce de comparar las disposiciones del nuevo Código Civil en este punto con lo que preceptuado tenía el Derecho civil histórico.

El derecho supletorio que el hijo tenía para exigir alimentos á los herederos del padre, si éste lo omitía en su testamento, recibe en el Código nuevo un carácter permanente sucesorio, alcanzando por tanto mayor seguridad, puesto que ya tiene una sanción legal independiente de la voluntad del padre, y subsiste aún en concurrencia con descendientes legítimos; pero en cambio la cuantía de los derechos hereditarios del hijo natural en la herencia del padre, es hoy más reducida cuando concurre con ascendientes legítimos, porque en este caso podía el padre, según el Derecho antiguo (Ley X de Toro), dejar al hijo natural todos sus bienes por testamento, en tanto que hoy solo puede percibir la cuarta parte de la herencia, ó sea la mitad de la parte de libre disposición. Y aun resultan más perjudicados hoy

los hijos naturales reconocidos en la herencia de la madre, porque antes, según la Ley IX de Toro, eran preferidos á los ascendientes en la sucesión testada y en la intestada; podían recibir en aquella la quinta parte de los bienes, aun existiendo descendientes legítimos, y hoy, es fácil, que en muchos casos, no alcancen á tanto sus derechos.

Porción legitimaria de los hijos legitimados por concesión Real.

—Entre los herederos forzosos que hoy existen, pueden señalarse á los legitimados por concesión Real, aunque no los nombra el artículo 807 del Código Civil; pues como en su lugar dijimos, lo mismo éstos que los legitimados por subsiguiente matrimonio son en realidad herederos forzosos, en cuanto que á todos ellos se les reconoce derecho á una parte de la herencia, sin que el testador pueda privarles de él; siquiera la cuota asignada á unos y otros sea distinta: á los que alcanzan la legitimación por subsiguiente matrimonio se les conceden iguales derechos que á los legítimos, porque en realidad son una misma cosa con éstos; pero á los legitimados por concesión Real solo les es concedida una porción igual á la establecida por la ley en favor de los hijos naturales reconocidos, cuyo examen acabamos de hacer (1).

Obsérvase, que sin que exista razón suficiente para ello, la Ley positiva restringe los derechos hereditarios de los hijos legitimados por concesión Real, equiparándolos con los naturales; y decimos que sin que exista razón para ello, porque si tal legitimación no puede hacerse sino cuando el padre ó madre que la pida no tenga hijos legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, ni descendientes de ellos (2), no puede decirse que esta restricción la han impuesto los autores del moderno Código Civil para consagrar mayor respeto á los derechos preferentes de otros sucesores, pues únicamente podría alegarse que así lo han hecho en atención á los derechos hereditarios de los ascendientes, también legítimos; pero esto no es cierto, porque sucede que aun no habiéndolos, tampoco tienen derecho más que á una tercera parte de la herencia, conforme al art. 842, en relación con el 844.

(1) Art. 844 del Código Civil.

(2) Art. 125 de id. id.

Según la doctrina legal vigente, puede darse el contrasentido de que el hijo legitimado por el procedimiento de referencia reciba solo una tercera parte del haber hereditario, y un pariente lejano ó un extraño las dos terceras partes del mismo, ó sea el duplo que aquél. Pero en cambio confunde á los hijos legitimados por concesión Real con los hijos naturales, para los efectos sucesorios, cuando entre ambos puede haber la diferencia esencial de que mientras el legitimado no puede serlo existiendo legítimos, porque en tal caso no permite la ley legitimar, puede ser reconocido un hijo natural, teniendo hijos ó nietos legítimos el que lo reconoce, produciéndose con ello el consiguiente trastorno social. Mas sea cualquiera el resultado que las declaraciones del legislador puedan producir en este punto, relacionadas con otras análogas, es lo cierto que no pueden interpretarse en otro sentido que el que su expresión literal indica, según la cual, solo corresponde á los hijos legitimados por concesión Real, igual porción legítima que á los naturales reconocidos.

Derechos correspondientes á los hijos ilegítimos no naturales. — Los hijos ilegítimos que no tengan la calidad de naturales solo tendrán derecho á los alimentos, y la obligación del que haya de prestarlos se transmitirá á sus herederos y subsistirá hasta que los hijos lleguen á la mayor edad; y, en el caso de estar incapacitados, mientras dure la incapacidad (1).

Las restricciones que nuestra Ley positiva civil va marcando para los derechos sucesorios, según la condición de origen de los que por vínculos de sangre se hallan unidos con el causante de la herencia, llegan á su más alto grado cuando de los hijos ilegítimos propiamente tales se trata, á los cuales, no alcanzándoles ya ni siquiera el concepto de naturales, se les considera como los verdaderos parias de la sociedad; pues á semejanza de los sudras, representan una clase social abyecta, mirada con cierto desprecio por las demás, y desprovista casi por completo de derechos: ocupan el último grado en la escala legal de la filiación, y obtienen la más pobre consideración cuando de la sucesión heredita-

(1) Art. 845 del Código Civil.

ria se trata, hasta el extremo de concederles tan solo lo que á los más extraños se debe, si no por deber legal, por deber de amor y caridad; y solo con carácter temporal, pues solo les son debidos los alimentos hasta que llegan á la mayor edad ó cesa la incapacidad.

Bajo el concepto de hijos ilegítimos comprende la ley, para los efectos que ahora estudiamos, á todos aquellos á que no alcance la consideración de naturales; á los que, por decirlo así, están por bajo de éstos en ese orden gradual de la escala legal de la filiación; pero fijándonos en el concepto que del hijo legal dá el art. 119 del Código Civil (1), creemos que no puede referirse la ley más que á los adulterinos y á los sacrílegos: los demás todos pueden ser considerados como naturales, dado que la libertad de los padres al tiempo de la concepción de los hijos alcanza á los que pueden casarse con dispensa ó sin ella.

Pero para que el derecho á alimentos que el art. 845 del Código reconoce á los hijos ilegítimos no naturales pueda reclamarse con justicia, es necesario que se cumpla lo que determina el art. 140, es á saber: que la paternidad ó maternidad se infiera de una sentencia firme, dictada en proceso criminal ó civil; que la paternidad ó maternidad resulte de un documento indubitado del padre ó de la madre, en que expresamente reconozca la filiación; ó que, por lo que respecta á la madre, se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo. En todo caso, si el obligado á prestar los alimentos se negase á ello, habrá de seguirse en su reclamación un procedimiento civil ordinario en la forma que determinan los artículos 1,609 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, en cuyo examen no nos detenemos por no traspasar los límites propios de nuestro trabajo.

(1) En dicho artículo se dice: «Son hijos naturales los nacidos fuera de matrimonio de padres que al tiempo de la concepción de aquellos pudieron casarse con dispensa ó sin ella».

DOCTRINA LEGAL

Art. 840 Cuando el testador deje hijos ó descendientes legítimos é hijos naturales legalmente reconocidos, tendrá cada uno de éstos derecho á la mitad de la cuota que corresponda á cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral.

Los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponda á los naturales, en dinero ó en otros bienes de la herencia á justa regulación.

Art. 841 Cuando el testador no dejare hijos ó descendientes, pero sí ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos, tendrán derecho á la mitad de la parte de herencia de libre disposición.

Esto se entiende sin perjuicio de la legítima del viudo, conforme al art. 836, de modo que, concurriendo el viudo con hijos naturales reconocidos, se adjudicará á éstos sólo en nuda propiedad, mientras viviere el viudo, lo que les falte para completar su legítima.

Art. 842 Cuando el testador no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos, tendrán derecho á la tercera parte de la herencia.

Art. 843 Los derechos reconocidos á los hijos naturales en los precedentes artículos, se transmiten por su muerte á sus descendientes legítimos.

Art. 844 La porción hereditaria de los legitimados por concesión Real, será la misma establecida por la ley en favor de los hijos naturales reconocidos.

Art. 845 Los hijos ilegítimos que no tengan la calidad de naturales, sólo tendrán derecho á los alimentos.

La obligación del que haya de prestarlos se transmitirá á sus herederos y subsistirá hasta que los hijos lleguen á la mayor edad; y, en el caso de estar incapacitados, mientras dure la incapacidad.

Art. 846 El derecho de sucesión que la ley dá á los hijos naturales, pertenece por reciprocidad en los mismos casos al padre ó madre naturales.

Art. 847 Las donaciones que el hijo natural haya recibido en vida de su padre ó de su madre se imputarán en la legítima.

Si excedieren del tercio de libre disposición, se reducirán en la forma prevenida en los artículos 817 y siguientes.

APLICACIÓN PRACTICA

El perjudicado por el reconocimiento de un hijo natural, á quien se nombra heredero, puede impugnar tal filiación en el juicio correspondiente, y resolverse la cuestión por las pruebas que se practiquen, toda vez que el art. 138 del Código Civil, concede á las personas que resultaren perjudicadas por el reconocimiento del hijo acción eficaz para impugnarlo, no solamente cuando se hubiera faltado á las prescripciones relativas al acto del reconocimiento, sino también cuando este recayere en favor de un hijo que no reuna las condiciones que para ser calificado de natural requiere el art. 119. (Sent. de 9 de Junio de 1893).

El hijo legitimado por rescripto Real antes de la publicación del Código Civil tiene derecho á gozar en la sucesión de la madre, cuando no concurriera con otros descendientes legítimos, de los mismos derechos que éstos, sin que á ello sirvan de obstáculo las declaraciones contenidas en el vigente Código Civil, que equipara á dichos hijos en su legítima á los naturales, por no tener efecto retroactivo las disposiciones de dicho cuerpo legal en el punto en cuestión, según las reglas transitorias del mismo. (Sent. de 8 de Noviembre de 1893).

El testamento hecho con anterioridad al Código Civil, en el que son instituidos por herederos parientes colaterales, dejando el testador al morir una hija natural, no se invalida en la institución de heredero, pero debe reducirse en cuanto no permita pagar á dicha hija la tercera parte de la herencia á que como legítima tiene derecho, según el art. 842 del Código Civil. (Sent. de 16 de Enero de 1895).

El derecho que tienen los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición de naturales para exigir alimentos á sus padres, solo puede ejercitarse en los casos que taxativamente marca el art. 140 del Código Civil. (Sent. de 28 de Marzo de 1896).



CAPITULO XXI

De las mejoras



XAMINADAS las varias cuestiones legales que dicen relación con las legítimas de cuantas personas son hoy consideradas como herederos forzosos, cúmplenos estudiar ahora como complemento de aquel trabajo lo concerniente á las llamadas mejoras; y decimos que este estudio completa el hecho acerca de las legítimas, porque parte integrante de la llamada legítima larga de los descendientes es la porción de bienes hereditarios que el testador puede aplicar á mejorar.

Concepto de la mejora.—El Código Civil no dá un concepto completo de lo que por mejora debe entenderse, pero presta, sí, los elementos suficientes para formarlo, pues al decir (1) que «el padre ó la madre podrán disponer á favor de alguno ó algunos de sus hijos ó descendientes de una de las dos terceras partes destinadas á legítima, cuya porción se llama mejora», bien claramente indica que la mejora es la porción de bienes que el descendiente recibe de su ascendiente por voluntad de éste; deducida de la diferencia que existe entre la legítima larga y la corta.

Es decir, que cuando el testador que tiene varios herederos

(1) Art. 823 del Código Civil.

forzoso en la línea recta descendente, dispone del todo ó parte del segundo tercio de los dos que componen la legitima larga, en favor de uno de ellos, se dice que le mejora; término que implica idea de relación, cuyos extremos relacionados son las cuotas de cada uno de los herederos: uno de ellos percibe igual participación que los restantes en el primer tercio de la herencia, mas la correspondiente al segundo tercio, si en todo él le mejoró el testador; y si la mejora consistió solo en parte de dicho tercio, participará en el resto y todo el primer tercio de igual porción que los demás coherederos, mas de la parte que en su exclusivo obsequio hubiera dispuesto el testador.

Así entendida la mejora, indícase con el concepto general que de ella acabamos de dar, que solo merece el nombre de mejora lo que un heredero forzoso percibe más que los otros en la distribución del segundo tercio de la herencia, y que su constitución es acto voluntario del testador.

Objeto de la mejora.—Dada la idea que como más general dejamos apuntada sobre lo que la mejora es, compréndese que la facultad de ordenarla arranca de la libertad que á los ascendientes concede la ley para disponer de parte de sus bienes como á bien tengan, siempre que lo hagan en beneficio de sus descendientes; y el objeto que con tal concesión se ha propuesto el legislador no es otro que el de poner al cance de aquellos, medios con que premiar las diferencias que en su afecto marquen las muy diferentes condiciones que ante sus ojos presentan los tales herederos.

Negada por los modernos legisladores la absoluta libertad de testar, no obstante el paso de gran avance que hacia ella han dado, han querido que no pueda seguirse oponiendo á su criterio, con razón de verdad, el argumento de que así queda privado el padre para premiar á los hijos más humildes ó más desvalidos, y aparte el uso que á favor de éstos puede hacer de la facultad de libre disposición sobre el tercio de sus bienes, le han declarado con libertad absoluta para que del segundo tercio de la herencia pueda también disponer en beneficio de sus descendientes.

Juzgando, en principios, de esta institución, no podemos re-

gatarle nuestro aplauso, porque de este modo se hace compatible la necesidad de que en todo caso perciban los descendientes alguna porción en la herencia de sus ascendientes, con la no menos atendible de no privar á éstos de medios con que poder premiar los actos de distinción que aquellos realicen (1). El testador halla en la facultad de mejorar el modo de contrarrestar los caprichos y veleidades de la suerte, haciendo de su fortuna una desigual distribución conforme con las necesidades y méritos personales de cada uno de sus sucesores: la necesidad de considerar desigualmente á seres desiguales, cosa en que al decir de un filósofo consiste la verdadera igualdad, constituye la más plena justificación de la facultad que en manos del padre, juez tan imparcial como cariñoso, se pone, para deshacer en parte esas diferencias que en la posesión de bienes materiales producen entre los suyos causas en muchos casos independientes de la voluntad de éstos.

Precedentes históricos de la institución de las mejoras.—La institución de las mejoras se presenta como genuinamente española en la historia de nuestra Legislación, por lo cual no aparece estudiada en los cuerpos legales que adoptaron los principios del Derecho romano. Y se explica que así haya sucedido, por la sencilla razón de que tal institución no puede tener existencia allí donde no es conocido el derecho de legítima ó su significación es escasa por ser muy limitada la cuantía que la forma; pues donde la libertad del hombre no reconoce límites para disponer de sus bienes por testamento, ó las limitaciones son pequeñas, no hay para qué pensar en que el legislador se preocupe para facilitar al particular medios de poder disponer de parte de su fortuna en provecho exclusivo de alguno ó algunos de sus descendientes, con exclusión de los demás parientes en igual grado.

Si la institución de las mejoras ha nacido como consecuencia de la limitación impuesta á los padres para disponer á su libre antojo de sus bienes de fortuna, su origen hay que buscarlo

(1) La única cuestión que cabría discutir era la referente al límite á que debe extenderse la facultad de mejorar, cuestión de que prescindimos por ser de mera apreciación individual y no de principios.

entre nosotros en las leyes del Fuero Juzgo, cuya Ley I, tít. 5º del libro IV, fué la que primeramente se ocupó de la institución á que nos venimos refiriendo, permitiendo al padre disponer del tercio de sus bienes en favor de uno de sus descendientes, y del quinto en favor de una Iglesia ó de otros lugares, al propio tiempo que establecía que constituiran la legítima de los descendientes las cuatro quintas partes de la herencia.

La declaración de la ley visigótica en punto á la mejora de los descendientes, fué bien pronto contradicha por los fueros municipales y nobiliarios, los cuales proclamaron el principio de la igualdad de derechos entre los hijos, con lo cual quedó privado el padre de poder mejorar á uno de ellos, pudiendo á lo sumo dejar al primogénito las armas y el caballo de combate.

El Código de las Partidas, inspirado en distintos principios que el Fuero Juzgo en materia de legítimas, creyó innecesario hablar de una institución que según el criterio con que se redactó á nadá práctico conducía; pues que pudiendo el padre disponer en todo caso de las tres cuartas partes de la herencia, medios más que sobrados tenía para conseguir aquello á que responde la institución de las mejoras: premiar los méritos de alguno de sus hijos ó compensar otras diferencias aún nacidas de causas involuntarias, dejándole una mayor participación que á los otros en su herencia.

Mas el olvido en que D. Alfonso el Sabio dejó á la institución de cuyo estudio nos ocupamos, en su famoso Código de las Partidas, no es notado en el Fuero Real, cuyos redactores se separaron del criterio en este punto seguido por las Partidas, comprendiendo que otras eran las exigencias sociales á la sazón, comparadas con aquellas otras á que respondía el Derecho romano en que se inspiraron las leyes Alfonsinas; é inspirados en lo que la práctica reclamaba y en las enseñanzas del citado Fuero Juzgo, derogaron la igualdad absoluta que los fueros habían establecido para la división de la herencia paterna, por peligrosa y absurda y volvieron al sistema desenvuelto en las leyes visigóticas. Para ello dispuso la Ley X, tít. 5º, lib. III, que: «ningun home que oviere fijos ó nietos, ó dende ayuso, que han de heredar, non

puede mandar ni dar á su muerte mas de la quinta parte de sus bienes; pero si quisiere mejorar á alguno de los hijos ó nietos, pudiéndolos mejorar en la tercia parte de sus bienes, sin la quinta sobredicha, que puedan dar por su alma ó en otra parte do quisiere, é no á ellos».

Esta ratificación que el Fuero Real hizo de las doctrinas del Fuero Juzgo en el punto que estudiamos, podemos decir que dejó asentada sobre base firme la institución de las mejoras, siquiera algunos jurisconsultos mostraran empeño en suscitar dudas y dificultades al explicar el texto de la ley; dudas que motivaron que las Leyes de Toro hicieran varias aclaraciones al efecto de hacer práctica la institución de las mejoras (1). Pero no se consiguió el fin perseguido, porque las Leyes de Toro, en muchos puntos obscuras y confusas, dieron lugar á nuevas costumbres y comentarios; explicando todo ello el por qué la institución de las mejoras, racional y sencilla según la dictaron los autores del Fuero Real y Fuero Juzgo, se presentaba en la práctica con no pocas dificultades.

Tal era el estado de nuestra Legislación civil en lo que á las mejoras se refiere, cuando al redactar la ley de 11 de Mayo de 1888, se dispuso en el párrafo 2º de su *base* 16, que «el haber hereditario se distribuirá en tres partes: una que constituirá la legítima de los hijos, otra que podrá asignar el padre á su arbitrio como mejora entre los mismos, y otra de que podrá disponer libremente».

Personas que pueden mejorar y ser mejoradas.—Al tenor de lo dispuesto en el art. 823 del Código Civil, la facultad de mejorar no la tienen más que el padre ó la madre, pues bien explícitamente dice que *el padre ó la madre podrán disponer.....*; y cuando de una manera tan señalada nombra á las personas que pueden mejorar, parece como que deben tenerse por excluidas aquellas á quienes no designa; pero como ese mismo precepto permite

(1) Las Leyes XVII á la XXXI de Toro, se ocuparon de la institución de las mejoras, pasando después á formar parte de la Novísima Recopilación

mejorar á los hijos ó descendientes, hay que deducir por modo racional y lógico, que la facultad de mejorar la tienen todos los ascendientes.

Respecto á quiénes pueden ser mejorados se presenta todavía más claro el precepto de la ley, toda vez que terminantemente dice que «el padre ó la madre podrán disponer á favor de alguno ó algunos de sus hijos ó descendientes.....», con lo cual se dá á entender, que todo descendiente, cualquiera que sea el grado de parentesco que con el causante de la herencia tenga podrá ser mejorado, siempre que tenga la condición de heredero forzoso; condición esta última que aunque la ley no la expresa, debe suponerse como necesaria, por ser la mejora un concepto relativo cuyo término de comparación es la legítima.

Pero como la ley calla respecto de la clase de referencia á que alude, se pregunta por algunos si es posible mejorar al hijo natural reconocido ó al legitimado por concesión Real, habiendo hijos ó descendientes legítimos; cuestión acerca de la cual hay quien sostiene la afirmativa, fundándose en que cuando la ley autoriza al padre ó á la madre para disponer del tercio de mejora en favor de uno de sus hijos ó descendientes, no distingue de parentesco, comprendiendo en su precepto á todos, no usando de la palabra *legítimos*, como hace en otros casos. Dice solo hijos ó descendientes, y ante palabras tan terminantes no cabe dudar que un padre puede dejar la mejora á su hijo natural aunque tenga hijos legítimos; porque los hijos naturales reconocidos, hijos son también, y además de hijos son también herederos forzosos del testador.

Por el contrario hay quien opina, que en el caso de referencia no puede tener lugar la mejora á favor del hijo natural reconocido ni del legitimado por concesión Real, fundándose para ello, en que si bien es verdad que la ley no distingue en el artículo 823 entre hijos ó descendientes de una y otra clase, hay que tener presente que no puede referirse más que á los legítimos, de cuya legítima habla el Código en la sección á que corresponde dicho artículo, sin haber hablado hasta aquel momento todavía nada de los derechos legitimarios de los hijos naturales y

de los legitimados por concesión Real, equiparados como ya tenemos dicho, para estos efectos; pues hasta más adelante no fija la ley la cuota de los hijos ilegítimos y de los legitimados en la forma dicha; y habiendo empezado á hablar de los legítimos, debe entenderse que sigue hablando de ellos, sin que sea preciso que repita cada vez el adjetivo. Por otra parte—siguen diciendo los partidarios de la opinión que ahora examinamos—de interpretar el art. 823 en el sentido de que se refiere á los hijos y descendientes de todas las clases de filiación, sería preciso convenir en que estaba en abierta contradicción con el segundo párrafo del 808, que faculta á los padres para disponer del tercio de mejora, no en favor de todos los hijos, sea la que quiera su clase, sino precisamente de los legítimos.

Nosotros opinamos con los que creen que la Ley positiva no puede referirse en el caso que venimos considerando más que á los descendientes legítimos, por entender que tanto uno como otro de los dos citados artículos tienden á desenvolver la *base* 16 de la ley de 11 de Mayo de 1888, según la cual, una de las dos partes de la legítima podrá el padre asignarla como mejora entre los hijos legítimos, pues al decir la ley entre *los mismos*, solo á los hijos legítimos se refiere, porque son los que nombra y á quienes debe dejar necesariamente el otro primer tercio de los dos de que se considera compuesta la legítima de éstos. Además, que como acertadamente dice el Sr. Navarro Amandi, si los padres pueden disponer en favor de sus hijos de una de las dos partes destinadas á legítima, es evidente que para poder recibir el todo ó parte de esta porción, es necesario tener derecho á esa legítima (la de los dos tercios). La ley que reserva dos tercios de la herencia á favor de los hijos y descendientes legítimos no puede permitir que el padre dé poco ni mucho de esa legítima á un hijo natural ni al legitimado por concesión Real.

Por último, el dicho de la ley de que pueden ser mejorados *los hijos ó descendientes*, puede motivar la cuestión de si podrá mejorarse al hijo cuyos padres vivan; cuestión que nosotros resolvemos en sentido negativo, porque al emplear el legislador tales términos no quiso significar con ello otra cosa sino que los

descendientes de segundo ó ulterior grado podrán ser también mejorados cuando concurren á la herencia en representación de sus causahabientes; esto es, cuando son verdaderos herederos forzosos, pero como este no lo tienen sino en defecto de tales causahabientes, puede asegurarse que cuando éstos existan no pueden ser mejorados. Ya lo hemos repetido: la palabra mejora es un término comparativo, implicando un aumento de bienes sobre los que se reciben por legítima estricta, y por tanto, solo puede ser mejorado el que es heredero forzoso, y cuando con este carácter concurre á la herencia.

¿Admite la legalidad vigente más de una clase de mejora?—Si atendemos á lo dicho en la *base* 16 de la Ley de 11 de Mayo de 1888 antes citada, y á lo que preceptuado tienen los artículos 823, 825 y 828 del Código Civil, podemos asegurar, sin temor á ser desmentidos, que el Derecho civil hoy vigente no admite más que la mejora del tercio de la herencia, por ser esta la parte que expresamente asigna el Código para el objeto de mejorar, pues á más de decir el primero de los artículos citados que el padre ó la madre podrán disponer á favor de alguno ó algunos de sus hijos ó descendientes *de una de las dos terceras partes destinadas á legítima*, porción á que dá el nombre de mejora, añádese en el 825 que «ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple ó por causa onerosa, en favor de hijos ó descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar»; y se concluye insistiendo en el art. 828, en que «la manda ó legado hecho por el testador á uno de los hijos ó descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser esta su voluntad, ó cuando no quepa en la parte libre».

En vista de estos antecedentes, repetimos, no puede afirmarse que hoy exista otra mejora que la del segundo tercio de la herencia, de los dos que componen la legítima de los descendientes á que se ha llamado *larga*. Pero esto no quiere decir que el padre que puede disponer del último tercio de la herencia en favor de extraños, no pueda hacerlo en beneficio de uno

de sus descendientes á quien por otra parte mejora en otro tercio, pues no hay precepto legal alguno que lo prohíba, ni racionalmente pensando puede presumirse que fuera intención del legislador prohibirlo. Lo que éste ha querido expresar en los artículos transcriptos es, que cuanto de ventaja deje el testador ascendiente á alguno ó algunos de sus descendientes en la herencia, no debe entenderse como mejora si de un modo terminante no le dió este nombre el testador, debiendo estimarse como manda ó legado, siempre que quepa en el tercio de libre disposición, y solo en aquello que no cupiere se considerará como mejora. Es decir, que la mejora nunca se presume, sino que en todo caso debe ser expresa.

En este punto ha introducido el nuevo Código Civil grandes reformas en lo que establecido tenía el Derecho histórico, según el cual la mejora podía ser de tercio (1) y quinto, y hacerse de una manera expresa ó tácita. Toda donación simple era considerada como mejora tácita, pues se presumía que en todo caso era intención de los donantes mejorar á los donatarios: así decía la Ley XXVI de Toro, que tales donaciones se tenían por mejora aunque los donantes no dijeran que los mejoraban en el tercio y quinto; y mandaba *que se contaren en el tercio y quinto de sus bienes en lo que cupieren; y si de mayor valor fueren, que valan fasta en la cantidad del dicho tercio y quinto y legitima*. Es decir, que hasta en la computación se seguía un criterio completamente opuesto al que ahora debe seguirse según el nuevo Código, el cual ordena que se presumirán mandas ó legados las tales donaciones, con cargo al tercio de libre disposición, y solo cuando en este no cupieren se reputarán como mejora; esto es, gravarán al segundo tercio de los dos que forman la legítima larga.

Si las donaciones eran de las llamadas con causa, como eran las hechas con ocasión del matrimonio, se consideraban como actos necesarios, y no se reputaban como mejora, sino como anticipo de legítima: solo cuando su cuantía no cabía en esta se consideraba mejora.

(1) Este tercio no era deducido del valor total de la herencia, sino de los cuatro quintos, prescindiendo del quinto de libre disposición.

Caracteres que á la mejora de tercio dá el nuevo Código.—La legalidad vigente (1) dá á la mejora el carácter de revocable, aunque se haya verificado con entrega de bienes; admitiendo solo dos excepciones á este principio general, cuales son: cuando la mejora se ha hecho por capitulaciones matrimoniales, ó por contrato oneroso celebrado con un tercero.

La misma declaración hizo en principio (2) la Ley XVII de Toro, pero las consecuencias de tal declaración eran distintas según aquel derecho, de las que se producen por la legalidad hoy vigente; diferencia que nace de la distinta consideración que una y otra legislación dan á las donaciones que los padres hacen á sus hijos, pues mientras que aquellas antiguas leyes reputaban las donaciones simples como mejoras tácitas, según anteriormente decimos, la nueva ley no las reputa como mejoras, sino cuando el testador declara expresamente que su voluntad es mejorar. De modo que al declarar la mencionada ley que las mejoras eran revocables, se declaraba que toda donación hecha al hijo era revocable. Pero como según el nuevo Código solo se reputan mejoras las que el testador quiere que lo sean, hay que admitir que únicamente serán revocables las donaciones, mandas ó legados que el testador constituya expresando la voluntad de mejorar.

Los casos de excepción que presenta la regla general de la revocabilidad de las mejoras tienen una sencilla explicación, pues en uno y otro caso el acto que realiza el mejorante es, pudiéramos decir, motivado ó con causa, y crea una relación jurídica cuya subsistencia no debe quedar á la libre voluntad de aquél; mucho menos cuando la mejora se hizo por contrato oneroso celebrado con un tercero, porque entonces pudiera constituir la revocabilidad para éste hasta una estafa. Pero entendemos, no obs-

(1) Art. 827 del Código Civil.

(2) El principio general que la mencionada Ley de Toro consignaba sobre la revocabilidad de las mejoras, tenía las tres excepciones siguientes: 1^ª Cuando se entregaban al mejorado las cosas en que consistía la mejora. 2^ª Cuando se otorgaba ante Notario la escritura en que se constituía la mejora. 3^ª Cuando la mejora se hacía por causa onerosa con un tercero.

tante el silencio de la Ley positiva, que la mejora hecha por capitulaciones matrimoniales ó por contrato oneroso con un tercero será revocable si el mejorante se reservó la facultad de revocarla. Así resolvía el caso de referencia la Ley XVII de Toro, y así creemos que debe resolverse en la actualidad, porque la reserva de tal derecho por parte del mejorante es lícita y ningún tercero puede llamarse á engaño, pues la voluntad del mejorante quedó en este caso ligada de una manera condicional.

En segundo lugar, la mejora presenta también el carácter de ser acto personalísimo de aquél que quiere mejorar, toda vez que esta facultad no puede encomendarse á otro, según expresamente determina el art. 830 del Código Civil. Esta declaración no es en último extremo otra cosa que consecuencia y confirmación de aquel otro principio que también establece la legalidad vigente, referente al carácter de personalísima que presenta la facultad de testar, de la que podemos decir que es parte integrante la de mejorar.

Pero hay que advertir, que este carácter de la mejora, lo mismo que el de la revocabilidad, presenta un caso de excepción, pues bien por modo expreso determina el art. 831 del mismo Código, que: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo ó viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, á su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos á los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado.»

Acerca de los motivos de esta excepción dice el ilustre Goyena: «En casi todos los contratos ó capitulaciones matrimoniales de las provincias de fueros, solía ponerse una cláusula autorizando al cónyuge sobreviviente, en el caso de haber muerto intestado su consorte, para que pudiera disponer de los bienes del difunto entre los hijos que quedaran de aquel matrimonio, dando á uno más ó menos que á otro. Esta facultad era de suma importancia, atendida la legislación foral, por la que venía á ser casi nominal la legítima de los hijos. Sin embargo, los efectos de

la cláusula eran muy saludables, porque mantenían el respeto y dependencia de los hijos, particularmente hacia su madre, y se conservaba así la disciplina doméstica, á más de que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaría. El amor de padre ó madre, el más puro é íntimo de los afectos, merece bien esa distinción. Por estas consideraciones se ha consignado en el artículo la loable costumbre de las provincias de fueros, esperando que se generalizarán los mismos felices resultados».

Formas en que puede hacerse la mejora, y modo de pagarse.—

La constitución de la mejora puede tener efecto bajo formas distintas: ó señalando el padre como mejora una cuota determinada, ó designando una cosa concreta que, como tal mejora, ha de entregarse al descendiente que indique, ó señalando al mismo tiempo cuota y cosa, ó señalando la cosa sin expresar la cuota que ha de pagarse en ella (1).

Estas mismas formas de declaración de mejora establecía el Derecho histórico, originándose en él la duda, de si cuando la cosa señalada no cubría el valor de la tercera parte de los bienes podría completarse en lo que faltaba. Los tratadistas debatieron mucho esta cuestión, siendo la opinión más seguida la de los que sostenían, que la mejora de cosa cierta debía regularse por el valor de los bienes al tiempo de la muerte del mejorante, no para aumentarse si los bienes habían aumentado, sino para disminuirla si los bienes habían disminuido; á diferencia de la mejora del tercio, que si se refiere á aquel tiempo es para aumentarla ó disminuirla, según el estado de los bienes del testador.

Este mismo criterio puede sostenerse en la actualidad, y por ello podemos decir que la cuestión en todo caso quedará reducida á interpretar la cláusula en que el testador haya constituido la mejora. Si dice que mejora al hijo Fulano en el tercio y de-

(1) La primera forma tiene lugar cuando el mejorante dice: «Mejoro á mi hijo Fulano en el tercio de todos mis bienes». La segunda cuando dice: «Mejoro á mi hijo Fulano en tal finca». La tercera cuando expresa: «Mejoro á mi hijo Fulano en el tercio de mis bienes que se le pagará con tal finca». La cuarta cuando dice: «Mejoro á mi hijo Fulano en tal finca por razón de tercio».

termina la cosa con que ha de pagarse la mejora, no cabe duda que la voluntad del testador es, que dicho hijo reciba, no solo aquella cosa, sino el tercio, aunque fuese mayor, debiendo completársele con otros bienes de la misma herencia; así como si el valor de dicha cosa excediere del tercio destinado á la mejora, la diferencia se le imputará en la parte de legítima, y si aun así excediere de lo que al mejorado corresponde en la herencia por ambos conceptos, deberá abonar la diferencia en metálico á los demás interesados (1). Pero si, por el contrario, dice que mejora al hijo en tal cosa, ó que le deja tal finca en concepto de mejora, debe entenderse que el mejorado solo debe percibir la cosa determinada y no más, si no excede del tercio destinado á mejorar, y si excede debe abonar la diferencia á los demás herederos.

De las anteriores indicaciones se deduce, que la mejora habrá de pagarse con los mismos bienes al efecto designados por el testador, si la mejora se señaló en cosa determinada, y cuando este señalamiento no se hubiese hecho por el mismo testador, será pagada con los bienes hereditarios, observándose, en cuanto puedan tener lugar, las reglas establecidas para la partición de la herencia (2), con el fin de que resulte la posible igualdad y resplandezca la equidad en lo que á cada partícipe de la herencia se le adjudique en pago de su haber hereditario. Respecto á la percepción de frutos solo hay que advertir que los producidos por la cosa en que la mejora se señaló son del mejorado desde que el mejorante falleció; y que en la mejora de cosa indeterminada solo le corresponden los percibidos después de haber señalado los bienes hereditarios con que la mejora ha de pagarse.

Modo como la mejora se debe.—De análogo modo que la legítima, se debe la mejora sin gravamen ni condición; y decimos de análogo modo y no del mismo, porque lo que al hablar de la legítima en este respecto constituye un principio absoluto, al tratar de la mejora no pasa de tener un carácter de regla general, toda vez que admite la excepción de los gravámenes que se esta-

(1) Art. 829 del Código Civil.

(2) Artículos 1,061 y 1,062 del Código Civil.

blezcan en favor de los legitimarios ó sus descendientes; declaración que es conforme con la tendencia de los nuevos legisladores á favorecer la libertad del testador, al propio tiempo que se protegen los derechos de los descendientes directos y se consigue que la parte de herencia que forma lo que ha venido llamándose legítima larga no salga de los parientes que forman la línea recta descendente. Si otra cosa permitiera la Ley positiva, esto es, si autorizara gravámenes sobre la mejora á favor de extraños, se daría el caso de que parte de los bienes que forman la clase de legítima indicada, saldrían de poder de los descendientes, que es lo que el legislador se ha propuesto evitar.

Promesa de mejorar ó no mejorar.—Las promesas de una y otra clase de las indicadas solo serán válidas y no podrá producir efecto alguno la disposición del testador contraria á ellas cuando se hubieran hecho por escritura pública en capitulaciones matrimoniales (1).

La razón que explica esta disposición legal no es entendida por todos de igual modo. Según unos, hallándose prohibidos los pactos sucesorios, debería estimarse nula la promesa de no mejorar por reducirse á un pacto de aquella clase, por más que no siendo opuesto á las buenas costumbres, ni dando lugar á malas sospechas, ha debido exceptuarse de la regla general que los prohíbe. Otros, por el contrario, dicen que admitiéndose como válida la mejora por donación, debe admitirse por promesa, sin que tengan nada que ver los pactos de *succedendo*, exigiéndose la escritura pública solo para que se haga irrevocable la promesa, pues la mayor facilidad que tienen los hombres en prometer que en dar, aconseja que al paso que se aumenta esa facilidad, multipliquen las leyes las solemnidades y requisitos para la validación y subsistencia de esos contratos, á fin de que los hombres, incauta y desconsideradamente, no se priven y despojen de aquella libertad natural que las mismas leyes les conceden ó conservan.

(1) Art. 826 del Código Civil.

DOCTRINA LEGAL

Art. 823 El padre ó la madre podrán disponer á favor de alguno ó algunos de sus hijos ó descendientes de una de las dos terceras partes destinadas á legitima.

Esta porción se llama mejora.

Art. 824 No podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios ó sus descendientes.

Art. 825 Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple ó por causa onerosa, en favor de hijos ó descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar.

Art. 826 La promesa de mejorar ó no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida.

La disposición del testador contraria á la promesa no producirá efecto.

Art. 827 La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, á menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales ó por contrato oneroso celebrado con un tercero.

Art. 828 La manda ó legado hecho por el testador á uno de los hijos ó descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser esta su voluntad, ó cuando no quepa en la parte libre.

Art. 829 La mejora podrá señalarse en cosa de-

terminada. Si el valor de esta excediere del tercio destinado á la mejora y de la parte de legitima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico á los demás interesados.

Art. 830 La facultad de mejorar no puede encomendarse á otro.

Art. 831 No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo ó viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, á su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos á los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado.

Art. 832 Cuando la mejora no hubiere sido señalada en cosa determinada, será pagada con los mismos bienes hereditarios, observándose, en cuanto puedan tener lugar, las reglas establecidas en los artículos 1,061 y 1,062 para procurar la igualdad de los herederos en la partición de bienes.

Art. 833 El hijo ó descendiente legítimo mejorado podrá renunciar la herencia y admitir la mejora.



CAPITULO XXII

De la desheredación y preterición



PARA terminar el estudio de cuantas cuestiones legales dicen relación á la llamada sucesión hereditaria á título universal, réstanos tan solo hablar de la materia referente á la desheredación y preterición, puntos que forman el objeto ó contenido del presente Capítulo; materia importantísima en nuestro sistema sucesorio, según el cual los herederos ó son forzosos ó son voluntarios.

I De la desheredación: su concepto y fundamento racional.— La desheredación es el acto por el cual se priva de la legítima á los herederos forzosos, en virtud de justa causa de las que taxativamente marca la ley.

El fundamento de la desheredación no es otro que la indignidad en que incurre el sujeto desheredado por haber cometido grave falta con aquél otro que decreta la desheredación, y la necesidad de que en la vida doméstica y familiar existan medios para castigar dichas faltas repeliendo por heredero al ingrato ó culpable. Y decimos esto, porque como á continuación veremos, todas las causas legales suficientes para fundar en ellas la desheredación, se refieren á ofensas graves que quebrantan la disciplina

y buenas relaciones que siempre deben mediar entre las personas que por razón de los vínculos de sangre tienen la consideración de herederos forzosos.

Precedentes históricos sobre la desheredación en general.— Del mismo modo que en la mayoría de las instituciones sucesorias, hállase el origen de la desheredación en el Derecho romano; sucediendo en un principio que los testadores privaban de los derechos legitimarios á los herederos forzosos por cualquiera causa. Después el derecho pretorio puso limitaciones á aquella libérrima facultad, exigiendo que el testador alegase una causa para atenuar el mal efecto de la desheredación; llegando más tarde á no bastar una causa cualquiera, sino que era necesario que existiera una de las taxativamente marcadas por la Ley positiva, para que la desheredación fuera estimada como legítima. Por eso dice con sobrada razón el Sr. Gutiérrez, que la desheredación en Roma presenta tantas fases como fueron las alternativas de aquel derecho, debiendo coincidir su aparición con la época de la institución de las legítimas, pues hasta entonces la voluntad de los padres era discrecional para disponer de sus bienes, no sintiéndose por ello necesidad alguna de determinar en qué casos y con qué condiciones podían los testadores privar á los herederos que luego se llamaron forzosos, de una participación que por ley no tenían en la herencia de aquellos.

El Fuero Juzgo, al mismo tiempo que estableció el derecho de legítima, instituyó también el correctivo de la desheredación, mediante determinadas causas, entre las cuales señalaba todas las injurias ó ultrajes graves de hecho, y otras ofensas; bien que los efectos de la desheredación quedaban remitidos si el heredero obtenía perdón ó era instituido sin consideración á la causa que hubiera podido ser suficiente á decretar la desheredación.

Con el mismo espíritu se dictaron disposiciones en el Fuero Real en punto á la desheredación, exigiendo que el padre ó la madre que quisieran desheredar al hijo expresaran *señaladamente* la razón porque lo desheredaban; causa que había de ser probada si el hijo la contradecía.

En el Código de las Partidas se contienen varias leyes que

estudian con más minuciosidad la institución de la desheredación, pues no había de ser esta olvidada por un Código de carácter tan general, cuando no la pasaban en silencio ni siquiera los Fueros ó leyes especiales como el de Alcalá, Zamora y Cuenca, y mucho menos había de omitirla D. Alfonso el Sabio después de hallarla reglamentada en las leyes de Roma, cuya legislación adoptó por modelo al escribir aquella obra legal que tanta fama le dió.

No vamos á exponer en este lugar las múltiples cuestiones que las Leyes de Partida estudiaron en lo referente á la desheredación, porque esto, á más de no permitirlo la índole de nuestro trabajo, nos exigiría una labor de dudosa utilidad, toda vez que son doctrinas en su mayor parte anticuadas, sin fuerza legal alguna por sí solas desde el momento en que hoy no hay más ley que aplicarse pueda que las declaraciones del nuevo Código. Por estas consideraciones solo expondremos en síntesis las disposiciones de las leyes mencionadas, y al efecto diremos, que para desheredar era necesario que el desheredado tuviera la consideración de heredero forzoso con relación al testador desheredante; que la desheredación se hiciera nominalmente y en forma pura; que alcanzara toda la porción legítima, y que se fundara en una justa causa designada expresamente en el testamento. Cuales fueran estas causas en cada caso, lo estudiaremos cuando hablemos en especial de la desheredación de cada uno de los que en la actualidad son considerados como herederos forzosos, ya que las doctrinas de las leyes de D. Alfonso forman el más próximo precedente de nuestro Derecho histórico en el punto que estudiamos, contentándonos con decir en este lugar que dichas causas variaban según que se tratara de herederos descendientes, ascendientes ó colaterales, pudiendo asegurar que todas reconocían como fundamento atentados contra la vida, la honra ó los bienes del testador, ó hechos que argüían falta de piedad, inmoralidad ó infamia.

El Ordenamiento de Alcalá introdujo alguna transformación en la materia de desheredación; pero sus disposiciones puede decirse que no variaron las que hasta entonces habían venido ri-

giendo, pues solo se limitaron á declarar que la desheredación de los herederos forzosos no era necesaria como solemnidad interna del testamento.

Las Leyes de Toro señaladas con los números XLVII, XLVIII y XLIX, hablaron también de la desheredación, pero solo bajo el aspecto de pena que los padres podían imponer á los hijos que contraían matrimonio sin su consentimiento ó consejo.

Las anteriores indicaciones históricas expuestas en forma sumaria, dan á conocer cuál era el estado de nuestro Derecho histórico en punto á la desheredación cuando se pensó en la formación del Código hoy vigente, en el que, á partir de lo preceptuado en la *base* 15 de la Ley de 11 de Mayo de 1888 (1), se dictan varias reglas referentes á la desheredación, de cuyo especial estudio nos vamos á ocupar á continuación.

Personas que pueden decretar la desheredación, y contra quienes.—Del concepto mismo que de la desheredación hemos dado se deduce que tal facultad solo puede ser ejercitada por aquellas personas que gozan de la llamada testamentifacción activa y que tengan herederos forzosos: lo primero porque para desheredar con efecto es necesario hacer testamento que no adolezca de vicio de nulidad por incapacidad del testador, y lo segundo porque solo puede decirse con verdad que se priva de la herencia, mediante la desheredación, á aquellos que por ley tienen la consideración de herederos forzosos. Los herederos forzosos son, pues, hoy, los únicos que pueden ser desheredados.

El nuevo Código Civil deja sin resolver una cuestión no poco debatida por los expositores del Derecho civil histórico, cual es la referente á la edad que debe exigirse al heredero forzoso para poderle desheredar, por estimarse que los actos que realiza son suficientes al efecto, por implicar discernimiento de juicio en el sujeto que los realiza. Para algunos esa edad debe ser la misma que determina el Código penal para la delincuencia; pero en

(1) En dicha *base* se ordenó que se mantuvieran en esencia las disposiciones de la legislación hasta entonces vigente sobre desheredación.

cambio otros, negando que el Código penal pueda aplicarse á relaciones de orden puramente civil, no admiten que un asunto de interés doméstico se resuelva por las reglas que deciden la delincuencia pública.

En esta cuestión es difícil adoptar una opinión concreta, como oportunamente dice el Sr. Falcón, porque aunque asunto de interés privado en el fondo, tiene relación estrecha con las leyes de un interés general.

Antes de los nueve años—sigue diciendo el mencionado tratadista—no reconocen las leyes penales en el hombre capacidad legal para delinquir. ¿La admitirán para ser privado de la herencia paterna? Ciertamente que la desheredación no se funda precisamente en la comisión de un delito: cierto que hay causas justas que, sin constituir un delito público, son graves ofensas á la dignidad de la familia, que solo el padre puede imparcialmente apreciar y calificar. ¿Pero qué ofensa grave ni leve puede inferir quien no tiene noción cumplida del mal?

Siguiendo el juicio comparativo entre lo que en el punto que venimos considerando debe resolverse y lo que decidido tiene para la imputabilidad de las acciones la positiva Ley penal, hay que considerar que á los nueve años solo admite esta ley *posibilidad* de delinquir, y hasta los quince años exige prueba para calificar la capacidad del delincuente; y se pregunta el mencionado escritor: ¿habrá de ser más severa en este particular la justicia del hogar doméstico?

Fundado en que repugna á los sentimientos de la naturaleza que el testador, en el ejercicio de la magistratura doméstica, desplegue una severidad superior á la del magistrado público, y sin desconocer que las leyes penales no se han dictado para asuntos civiles, opina el Sr. Falcón que un hijo antes de los quince años no puede dar con su conducta justo motivo á una pena tan grave como la desheredación; porque sus faltas, por graves que parezcan, proceden por lo común de la irreflexión y falta de juicio, que son inseparables compañeras de esa edad.

Hemos expuesto las observaciones que sobre el particular hace el citado escritor, porque á juicio nuestro, aunque no deban

ni puedan tomarse en sentido absoluto las disposiciones del Código penal para determinar la edad á que puede ser desheredado un descendiente, creemos que sería un criterio racional aplicar en muchos casos por analogía las disposiciones de la mencionada ley. Esto es, que es racional presumir que á los quince años el heredero que infiere falta ó agravio al causante de la herencia ha obrado con discernimiento, con conocimiento de causa de lo que hacía, y debe sufrir el rigor de la Ley civil que le declara indigno de suceder, como sufriría los de la Ley penal si cometiera delito público; y que no llegado á esa edad, la presunción debe estar en el sentido de que ha obrado sin tal discernimiento ó conocimiento de causa, no habiendo lugar, por tanto, á la desheredación. Y adviértase que en uno y otro caso decimos *presunción*, para indicar que siempre debe ser admitida prueba en contrario; prueba que, como sucede en todo caso, debe realizar aquél que afirmara la capacidad ó incapacidad.

Forma y condiciones en que ha de hacerse la desheredación.— Nuestro Derecho civil vigente admite la desheredación; pero atentos sus autores á la gravedad y trascendencia del hecho de desheredar no quieren que pueda tener lugar en cualquiera forma y por cualquiera causa, sino que expresamente determinan: que la desheredación solo puede hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde: que solo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley, sin que pueda invocarse ninguna otra de igual ó mayor gravedad: y que la desheredación no hecha en testamento ó hecha sin expresión de causa, ó fundada en causa que no sea taxativamente marcada por la ley, ó por causa cuya certeza, si fuere contradicha no se probare, no produce efecto alguno en contra de la legítima del desheredado, porque en tales casos se produce la nulidad de la institución de heredero, en cuanto perjudica al desheredado; bien que quedando subsistentes y válidos los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen á dicha legítima, por ser parte de la herencia que se debe sin gravamen.

Indicación de las causas generales de desheredación.—La mul-

tipicidad de causas que pueden dar motivo á la desheredación, suelen clasificarse en generales y especiales, ya se atienda á la naturaleza propia de la causa en que la desheredación se funda, ya se considere tan solo á las personas que son desheredadas, por su relación de parentesco con la que declara la desheredación. Las primeras, ó generales, son aquellas que, como su mismo nombre indica, son ó pueden ser aplicables á todos los casos de desheredación; y las segundas ó especiales, son aquellas únicamente aplicables á los que están con el testador en una determinada relación de parentesco: así sucede, que hay causas para desheredar, que solo se aplican á los descendientes, otras á los ascendientes y otras á los cónyuges.

Según el art. 852 del Código Civil, son justas causas para la desheredación (se refiere á la desheredación en general), en sus respectivos casos, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el art. 756, con los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º; ó sea, el hecho de abandonar á los hijos ó prostituir á las hijas ó atentar á su pudor: el ser condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes ó ascendientes: el haber acusado al testador de delito al que la ley señale pena aflictiva, si la acusación es declarada calumniosa: el haber sido condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador; y el haber obligado al testador con amenaza, fraude ó violencia á hacer testamento ó á cambiarlo (1).

Examen de las causas especiales de desheredación de los descendientes.—Además de las causas que antes indicamos con los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º de las comprendidas en el art. 756 del Código Civil, son aplicables como especiales para la desheredación de los hijos y descendientes, tanto legítimos como naturales, las siguientes: 1ª Haber negado sin motivo alguno, los alimentos al padre ó ascendiente que los deshereda. 2ª Haberle maltratado de obra ó injuriado gravemente de palabra. 3ª Haberse entre-

(1) La circunstancia de haber explicado estas doctrinas legales al hablar de la indignidad para suceder, hace que nos contentemos en este lugar con solo indicarlas, remitiéndonos á lo entonces dicho.

gado la hija ó nieta á la prostitución. 4ª Haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil (1).

El nuevo Código, partiendo de sanos principios de moral y escuchando lo que es voz de la misma naturaleza humana, ha sancionado el deber de prestarse alimentos, con carácter recíproco, entre descendientes y ascendientes; y dada la alta consideración que este deber tiene, por su doble sanción en la ley moral y en la civil positiva, no han podido menos los autores de esta que imponer fuerte sanción, duro castigo, á quienes faltan á tan sagrado deber. Por eso declaran que es causa suficientemente justa para desheredar á aquellos descendientes que nieguen alimentos á los ascendientes de quienes son herederos forzosos; y es bien que así se diga, porque quien tan grave falta comete, se hace con verdad indigno de percibir nada de la herencia de aquél á que no quiso prestar los recursos necesarios para hacer frente á las necesidades más apremiantes de la vida, como son siempre aquellas á que responde la obligación legal de prestar alimentos, la cual obligación se extiende, como es sabido, á lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia; comprendiendo también la educación é instrucción del alimentista, cuando es menor de edad. Quien niega alimentos á la persona de quien es heredero forzoso, falta á un deber moral, infringe un precepto de la Ley positiva civil, y en ley y en conciencia debe ser privado de todo derecho á la herencia de la persona á que desatiende, como digno castigo á su falta de piedad filial.

Pero si es grave falta no socorrer con elementos materiales de vida á la persona cuya herencia nos corresponde por ser sus herederos forzosos, es no menos grave y punible el hecho de haberle maltratado de obra ó injuriado gravemente de palabra; arguyé este hecho una mayor falta del respeto y consideración que en nuestro corazón debe infundir la relación de parentesco en que con tal persona nos hallamos. Es tan sencilla y manifiesta la razón que explica el hecho de admitir las indicadas faltas

(1) Art. 853 del Código Civil.

como causas suficientes á fundar en ellas la desheredación, que creemos innecesario detenernos á estudiarla, y únicamente diremos que si el maltrato y la injuria no son objeto de procedimiento criminal, la causa alegada deberá probarse por el heredero instituido, si el desheredado la niega.

La tercera causa que la legalidad vigente señala como suficiente para desheredar á los descendientes es tan solo aplicable á las mujeres, y tiene lugar, según indicado queda, cuando la hija ó la nieta se entrega á la prostitución.

Es tan grave la falta que á toda la familia infiere la mujer que se prostituye, que el legislador no ha podido menos de admitirla como causa bastante para la desheredación, como igualmente la admitieron los legisladores de nuestro antiguo Derecho civil: quien echa sobre sí y su familia mancha tan grande, se hace de todo punto indigna para suceder á sus ascendientes, quienes seguramente quieren borrar toda relación con ella, sintiendo no poder hacer que desaparezca hasta el vínculo de parentesco, harto rebajado con tan inmoral conducta.

Por último, la cuarta causa que como especial señala la Ley positiva para desheredar á los descendientes, no tiene tan sencilla y plena justificación como las anteriores; y decimos esto, porque el solo hecho de cometer un descendiente un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil, puede no acusar falta de respeto y consideración á sus ascendientes, pues habrá ocasiones en que tal delito se cometa en circunstancias que no echen mancha grave sobre la familia ni suponga ingratitud para con esta, como sucede con las tres causas de desheredación anteriormente explicadas. Hallárase más justificada esta causa, si se refiriera á delito cometido contra los ascendientes: pero la ley no expresa que se refiera á éstos, sino que, por el contrario, debe deducirse que se refiere á delitos cometidos contra extraños, porque antes habla del maltrato de obra á los ascendientes, y es racional presumir que ahora alude á los hechos criminosos ejecutados contra terceras personas no relacionadas por vínculos de sangre con el autor de tales hechos. Repetimos, pues, que no se nos alcanza la razón por qué los nuevos legisladores, se-

parándose en este punto de los precedentes marcados por nuestro antiguo Derecho civil, han establecido la causa de desheredación á que nos venimos refiriendo, máxime cuando en ninguna de las disposiciones del Código Civil, ni tampoco en la ley de *bases* del mismo, se priva por tal causa de la testamentifacción activa ni pasiva á ninguno que cometa delito por el cual se imponga pena de interdicción civil, accesoria como sabemos de las de cadena perpetua y temporal.

Indicación de las causas de desheredación de los descendientes que señalaba el Código de las Partidas.—Las Leyes de D. Alfonso el Sabio señalaban hasta quince causas para la desheredación de los descendientes, y eran las siguientes: 1ª «Si el hijo, á sabiendas, é sañudamente, mete manos airadas en su padre para ferirle ó para prenderlo. 2ª Si le deshonorase de palabra gravemente. 3ª Si le acusase de tal cosa de que el padre debe morir ó ser desterrado si se lo probasen, ó enfamándolo. 4ª Si fuese hechicero ó encantador, ó si ficiese vida con los que lo fuesen. 5ª Si trabajare de muerte de su padre con armas ó con yerbas ó de otra manera. 6ª Si el hijo yaguese con su madrastra ó con otra mujer que toviere su padre paladinamente por su amiga. 7ª Si enfamase el hijo á su padre ó si le buscase tal mal, porque oviese á perder gran parte de lo suyo ó á menoscabar. 8ª Si seyendo el padre preso por debda que debiese, é de otra manera, el hijo non le quisiere dar en cuanto pudiere para sacarlo de prisión. 9ª Si le embargase que non faga testamento. 10ª Juglar se faciendo contra la voluntad de su padre, menos si este lo fuese. 11ª Si contra la voluntad del padre lidiase por dineros en campo con otro home, ó se aventurase por precio lidiar con alguna bestia fiera. 12ª Si el padre quisiera casar su fija, é ella contra su voluntad no quisiere casar y después de esto ficiese vida de mala mujer; pero si el padre alongase el casamiento de su fija, de manera que pasase de 25 años, si después de esto ficiese ella yerro ó se casase contra la voluntad de su padre, non podría desheredarla. 13ª Si seyendo algun home furioso ó loco y los fijos ó descendientes non le guardasen ó non pensasen del en las cosas quel fuere menester, si el furioso tornase en su memoria, podría desheredar por esta razón

á aquellos. 14^a Si los hijos no redimen al padre captivo. 15^a Hebreo ó judío ó moro tornándose el hijo ó nieto, si el padre fuese cristiano, lo puede desheredar (1).

De la desheredación de los ascendientes: justas causas que pueden motivarla.—Las faltas de ingratitud y respeto; el olvido de los sagrados deberes que las relaciones familiares crean, han creído los modernos legisladores que pueden darse lo mismo de los ascendientes para con los descendientes que de éstos para con aquellos, y de aquí que hayan sancionado también el hecho de poder desheredar á los primeros, tanto legítimos como naturales, siempre que concurra alguna de las causas siguientes: 1^a Haber abandonado á los hijos, ó prostituido á las hijas ó atentado al pudor de éstas. 2^a Haber sido condenado en juicio por atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes ó ascendientes. 3^a Haber acusado al testador de delito al que la ley señale pena aflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa. 4^a Haber sido condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador. 5^a Haber obligado al testador á hacer testamento ó á cambiarlo con amenaza, fraude ó violencia. 6^a Haber perdido la patria potestad, como pena impuesta por sentencia firme en causa criminal, ó cuando por sentencia firme en pleito de divorcio así se declare, mientras duren los efectos de la misma. 7^a Haber negado los alimentos á sus hijos ó descendientes, sin motivo legítimo. Y 8^a Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación (2).

Comparadas estas causas de desheredación de los ascendientes con las que antes dijimos que pueden motivar la de los descendientes, se observa: que solo la 6^a y 8^a son diferentes de aquellas, siendo las restantes comunes á ambos casos. Esto prueba,

(1) Hacemos indicación de estas causas de desheredación de los descendientes que el Derecho histórico señalaba, porque forman el más inmediato precedente á lo establecido por el Código Civil, si bien algunas de tales causas habían desaparecido con el cambio de costumbres, como sucedía con la hechicería, el oficio de juglar, la apostasía y la lucha con las fieras bravas.

(2) Art. 854 del Código Civil.

como antes decimos, que el legislador ha partido de la reciprocidad de deberes entre descendientes y ascendientes al tratar de señalar las justas causas de desheredación de unos y otros, indicando como distintas aquellas que no pueden menos de serlo, dada la diferente significación que en el seno de la familia tienen unos y otros. Por esta consideración, solo vamos á estudiar aquí esas dos indicadas causas especiales de desheredación de los ascendientes, remitiendo al lector para el examen de todas las demás á cuanto dicho dejamos en párrafos anteriores.

El hecho de perder los padres la patria potestad sobre sus hijos, quebranta y rompe los más estrechos lazos que las relaciones familiares crean: hace que los derechos y deberes legales por tales relaciones creados desaparezcan, manteniéndose solo, y eso porque es imposible romper con ello, aquello que es originado por la misma naturaleza. Cuando esto ocurre, y dado que solo puede tener lugar por causas graves, el legislador ha creído que no debe obligar á los hijos á que necesariamente respeten una parte de su fortuna para que en ella les sucedan sus padres, pues presume que si éstos no supieron hacer buen uso de sus derechos paternos, dando ocasión á perder la patria potestad, no son dignos de disfrutar parte alguna de la fortuna de los hijos.

Por último, el hecho de atentar un cónyuge contra la vida del otro, sin haber mediado reconciliación, es admitido por la legalidad vigente como suficiente á fundar en él la desheredación, no seguramente porque arguya falta directa y personal contra el hijo que lo deshereda, sino porque el atentado de uno de sus padres contra la vida del otro puede dar lugar al divorcio, pues si bien es cierto que expresamente no se dice así en el art. 105 del Código, debe deducirse por interpretación, toda vez que si los malos tratamientos de obra pueden motivar el divorcio, con mucha más razón debe admitirse que sea causa de él el atentado que un cónyuge realiza contra la vida del otro; y si el padre que motiva el divorcio pierde la patria potestad, el caso queda reducido al anterior.

Indicación de las causas de desheredación de los ascendientes, según el Derecho civil histórico.—La desheredación de los ascen-

dientes no es de creación moderna; existe desde muy antiguo y en nuestra vida jurídica estaba establecida al tener lugar la publicación del Código Civil vigente. La doctrina que en este punto ha venido rigiendo hasta reciente fecha, ha sido la consignada en las Leyes de Partida, en las que se señalaban las siguientes causas de desheredación de los ascendientes: «1ª Si el padre se trabaja por la muerte de su hijo, acusandole de yerro porque debe morir ó perder algun miembro. 2ª Si el padre se trabaja por la muerte de su hijo, queriendole matar con yerbas ó con yerro ó con algun maleficio ó de otra manera cualquiera. 3ª Cuando el padre yoguiere con la mujer del hijo. 4ª Cuando el hijo quiere facer testamento.... é el padre le estorba por fuerza. 5ª Si el marido se trabaja de muerte de su mulier é la mulier de su marido, dandole yerbas ó de otra manera cualquier. 6ª Cuando el padre no quiere proveer al hijo desmemoriado ó loco de las cosas que le son menester. 7ª Cuando el hijo cayere captivo é el padre non le quisiere redimir. 8ª Cuando el padre es hereje é el hijo es católico.»

Exposición y examen de las justas causas porque puede tener lugar la desheredación del cónyuge. — Admitido por la legalidad vigente que el cónyuge viudo es heredero forzoso del premuerto, hánse visto los nuevos legisladores en la precisión de señalar las causas por las cuales pierde tal derecho, esto es, los motivos por los cuales puede ser privado de su porción hereditaria. Estas justas causas pueden ser las siguientes: 1ª Haber sido condenado en juicio por atentar contra la vida del testador, descendientes ó ascendientes. 2ª Haber acusado al testador de delito al que la ley señala pena aflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa. 3ª Haber obligado al testador á hacer testamento ó á variar el que ya tuviera hecho, con amenaza, fraude ó violencia. 4ª Haber cometido adulterio, si de este resulta escándalo público ó menosprecio de la mujer, siendo el adúltero el marido. 5ª Haber dado al otro cónyuge malos tratamientos de obra, ó haberle inferido injurias graves. 6ª Haber ejercido el marido violencia sobre la mujer, para obligarla á cambiar de religión. 7ª Haber hecho propuestas de prostitución el marido á la mujer. 8ª Haber intentado el

marido ó la mujer corromper á sus hijos ó prostituir á sus hijas, 9^a Haber sido condenado el cónyuge á cadena ó reclusión perpetua. 10^a Haber perdido la patria potestad, como pena impuesta por sentencia firme en causa criminal, ó cuando así se declare por igual resolución judicial en pleito de divorcio, mientras duren los efectos de la sentencia. 11^a Haber negado alimentos á los hijos ó al otro cónyuge. Y 12^a Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.

Según se deduce de la simple enunciación de las causas que pueden motivar la desheredación del cónyuge, algunas son las mismas que dejamos explicadas al hablar de las porque se puede desheredar á los descendientes y ascendientes, y las que como especiales se señalan, no son otras que las que originan la pérdida de la patria potestad y las que dan lugar al divorcio; bien que para que estas últimas puedan motivar la desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo; y como una y otra materia han sido objeto de explicación anterior, prescindimos aquí de repetirla.

Circunstancia común por la que queda sin efecto el derecho de desheredar.—Como repetido tenemos, la desheredación se funda en todo caso en causas más ó menos repugnantes, pero siempre graves, que arguyen ingratitud entre las personas que por la misma razón de ser consideradas como herederos forzosos, median entre ellas estrechas relaciones de parentesco. Por eso hemos observado, que en todos los casos de desheredación, son estimados como motivos suficientes para esta, varias de las causas que producen indignidad para suceder; y en verdad, que todas las causas de desheredación que la legalidad vigente señala, son así estimadas por la indignidad que suponen en el sujeto que dá lugar á ellas, razón por la cual, no es de extrañar que se diga por la misma ley (1) que la reconciliación posterior del ofensor y del ofendido, priva á éste del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha. Si las causas que en todo caso producen la desheredación, no implican otra cosa que una

(1) Art. 856 del Código Civil.

ofensa más ó menos grave del desheredado al testador, nada más lógico que éste pueda perdonarla; perdón que se retrotrae en sus efectos á fecha anterior á la en que la desheredación tiene lugar, para dejarla sin efecto, por el principio de *favores sunt ampliandi*.

¿A quién incumbe la prueba de ser cierta la causa de la desheredación?—Según expresión del art. 850 del Código Civil, «la pueba de ser cierta la causa de la desheredación, corresponderá á los herederos del testador si el desheredado la negare». Y esto es así, porque como es sabido, la prueba ha de hacerla el que afirma, y como personalmente no puede hacerlo el que fundado en la existencia de una causa que estima como legal, deshereda, porque la desheredación, como todo acto sucesorio, no produce sus naturales efectos hasta que no muere el testador, que es el que la realiza, la ley tiene que imponer tal obligación á aquél que es el continuador de la personalidad del desheredante; esto es, al que éste instituye por heredero. Pero no solo por la consideración apuntada corresponde al heredero la prueba de ser cierta la causa en que la desheredación se funda, sino porque dada la naturaleza de las declaraciones que en este punto hace la Ley civil positiva, y á partir del principio de *odiosa sunt restringenda*, las circunstancias que dan lugar á la desheredación no deben presumirse en ningún caso, sino que deben ser ciertas, esto es, probadas, y siempre interpretadas restrictivamente.

Efectos generales de la desheredación.—Los efectos que la desheredación produce como más generales, se reducen á privar al desheredado de la parte de herencia que como legítima le hubiera correspondido en la sucesión del desheredante. Pero hay que advertir, que si tal privación es en absoluto una verdad para aquél heredero forzoso que motiva la desheredación, no así sucede en lo que interesar puede á los hijos del desheredado, los cuales ocuparán el lugar de éste y conservarán los derechos de herederos forzosos, respecto á la legítima; pero el padre desheredado no tendrá el usufructo ni la administración de los bienes de la herencia. Esta declaración explícita que el nuevo Código Civil hace en su art. 857, ha terminado la cuestión que

Los antiguos intérpretes y tratadistas suscitaron, sobre si la parte legítima del desheredado había de pasar ó no á sus descendientes; en cuyo punto opinaban unos que la legítima correspondía á los herederos abintestato, en tanto que otros sostenían que les hijos y demás descendientes del desheredado, debían entrar á suceder en aquella, por virtud del derecho de representación, y porque la porción legítima debíase íntegra á los herederos forzosos, prescindiendo de que entre ellos hubiera alguno que debiera ser desheredado.

II **De la preterición: su concepto.**—La preterición consiste, como la desheredación, en la privación que el heredero forzoso sufre de sus derechos legitimarios en la herencia del testador; pero se diferencia esencialmente de aquella en que tal privación no es impuesta de una manera voluntaria por el que ordena el testamento, sino que es debida á un involuntario olvido; olvido que se manifiesta por el hecho de no instituir ni desheredar el testador á aquél ó aquellos que por ley tienen la consideración de herederos forzosos cuando el testamento se otorga. Por eso se dice que la preterición es la omisión involuntaria en el testamento, de los herederos forzosos del testador.

Acción que compete al preterido é injustamente desheredado.—Lo mismo cuando la privación de los derechos legitimarios tiene lugar de una manera expresa (desheredación), no mediando justa causa, que cuando es producida por mera omisión involuntaria (preterición), asiste al que es privado de su porción legítima acción para reclamar lo que por este concepto pueda corresponderle en la herencia de aquél que deshereda ú omite al que es su heredero forzoso. Esta acción es la de antiguo llamada *queja ó querrela de inoficioso testamento*, cuyos inmediatos efectos son la anulación de la institución de heredero en cuanto perjudique al preterido ó injustamente desheredado; no afectando al resto de la disposición testamentaria, pues valdrán los legados, mejoras y demás que haya dispuesto el testador, en lo que no cause perjuicio á la legítima de aquellos herederos forzosos que son preteridos ó injustamente desheredados.

Es, pues, un remedio contra la omisión ó el abuso, estable-

cido para amparar al que es víctima de la falta que por uno ú otro motivo, y siempre sin causa justa, pueden cometer los testadores; y su fin no es otro que dejar siempre á salvo los derechos legitimarios de los herederos forzosos. Si tal recurso no se concediera á éstos, sus derechos de legítima se verían siempre amenazados, y la declaración de que les es debida sin carga ni gravamen, sería una fórmula vana, porque su efectividad dependería en todo caso de la voluntad del testador, quien de una manera impune podría violar el precepto de la ley.

La acción á que nos referimos no es creación de la nueva Ley civil: la inventaron los romanos con igual nombre y para los mismos fines; la aceptó nuestro Derecho civil histórico, y la han confirmado los autores del vigente Código Civil, como recurso contra el olvido ó atropello de los derechos hereditarios que la ley declara. Pero hay y ha habido siempre una notable diferencia entre los efectos que la *queja de inoficioso testamento* producía en el Derecho romano, y las que ha producido y produce en nuestro Derecho civil patrio, pues mientras por las leyes romanas tal acción producía el efecto de anular el testamento en que se había padecido el olvido ó cometido lo injusticia de la desheredación, nuestros Códigos históricos, y lo mismo el hoy vigente, no admiten el principio con tanto rigor, sino que limitan sus efectos á la invalidación de la institución de heredero, dejando subsistentes las demás disposiciones testamentarias, en cuanto no afecten á los derechos legitimarios de los herederos forzosos preteridos é injustamente desheredados: y esto no con relación á todos los que la legalidad vigente reputa como tales herederos forzosos, porque la preterición del viudo ó viuda no anula la institución, por más que en todo caso conservan los derechos que á su favor hemos visto establece el nuevo Código Civil. Los demás herederos forzosos tampoco tienen derecho á interponer tal querrela cuando por cualquier otro concepto perciben su porción legítima; y si el testador les deja sólo parte de esta, la acción que les compete se reduce á pedir su complemento.

El término que la ley concede para el ejercicio de la queja ó querrela de inoficioso testamento dura cinco años, contados

desde que ocurre la muerte del testador; y si el perjudicado es menor ó ausente, como gozan del beneficio de restitución, comiéndase á contar el término para ellos desde que el primero llega á la mayor edad ó el segundo se hace presente.

La acción cesa por el transcurso del término legal de los cinco años, por renunciar el heredero á su ejercicio, ó por haberse dado por pagado de su legítima.

De la desheredación y preterición, según la legislación feral

Cataluña.—Todos los que son herederos forzosos en Cataluña (descendientes, ascendientes y colaterales) pueden ser desheredados; pero la desheredación ha de hacerse en forma pura y nominativa, ha de expresarse la causa, que no puede ser otra que la taxativamente señalada en derecho, y la circunstancia de ser cierta habrá de ser probada por el heredero ó herederos instituí los.

Si el heredero forzoso recibe la parte de su legítima por cualquier título, no podrá impugnar el testamento, asistiéndole solo derecho á pedir el suplemento de su legítima; y nunca tiene lugar la anulación de toda la disposición testamentaria, sino únicamente la institución de heredero, quedando el testamento subsistente en todo lo demás, como sucede en Castilla.

Las causas que pueden motivar la desheredación son: 1^a Haber tratado mal de obra el hijo á los ascendientes. 2^a Haberles deshonorado ó acusado falsamente por algún crimen, ó haber hecho traición á su señor. 3^a El hecho de vivir las hijas torpemente. Y todas las demás que el Derecho romano establecía.

Aragón.—I *Desheredación.*—El Derecho aragonés no permite que el padre ni la madre puedan desheredar á sus hijos en otros casos que los taxativamente señalados en el Fuero. La

prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponde al heredero ó herederos instituidos, lo mismo que en Castilla.

Son justas causas para desheredar en Aragón: 1^a Haber lesionado ó maltratado á los padres, cometiendo contra ellos crímenes graves. 2^a Haberles producido la pérdida de los bienes. 3^a Hacerles jurar ó llamarles en público embusteros. 4^a Tener acceso carnal con su mujer legítima. 5^a No socorrerles en sus necesidades ó no procurar rescatarles estando cautivos. 6^a Casar la hija sin el consentimiento ó consejo del padre (1).

II *Preterición*.—A diferencia de lo que sucede en Castilla, la preterición de un heredero forzoso en Aragón produce el efecto de anular el testamento todo, quedando sin efecto la institución de heredero voluntario y las demás disposiciones que el testamento contenga.

Navarra.—I *Desheredación*.—La desheredación en Navarra solo puede tener lugar, como en Castilla, contra los herederos forzosos, y ha de verificarse mediante una justa causa y nombrando con su nombre y apellidos al que ha de ser desheredado, debiendo además hacerse la desheredación en forma pura y de toda la herencia. Esta forma de desheredar es la llamada expresa; pero puede además tener lugar la desheredación de un modo tácito; tal sucede cuando se separa á un hijo de la herencia después de asignarle su legítima foral, que, como sabemos, es casi puramente nominal en su cuantía.

Se estiman como justas causas de desheredación: 1^a La de maltratar el hijo al padre ó á la madre produciéndoles lesión. 2^a El acusarles de algún delito haciéndoles jurar. 3^a El prender el hijo á los padres por los cabellos. 4^a El llamar el hijo traidor al padre ó madre en sitio público, y á la última, mujer mala en igual sitio. 5^a El hecho de imputar el hijo á los padres algún crimen.

II *Preterición*.—La preterición consiste en Navarra, lo mis-

(1) Todas las causas dichas de desheredación en Aragón se refieren á la de los descendientes, y no á los ascendientes por no tener éstos derecho de legítima.

mo que en Castilla, en el hecho de omitir un testador en su testamento á algún heredero forzoso.

La preterición no anula en Navarra el testamento, y únicamente se concede acción al hijo para pedir lo que por legítima le es debido; esto es, que afecta á la institución de heredero, pero quedando subsistentes las demás disposiciones del testamento.

DOCTRINA LEGAL

Ar. 848 La desheredación solo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley.

Art. 849 La desheredación solo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde.

Art. 850 La prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá á los herederos del testador si el desheredado la negare.

Art. 851 La desheredación hecha sin expresión de causa, ó por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, ó que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen á dicha legítima.

Art. 852 Son justas causas para la desheredación, en sus respectivos casos, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el art. 756 con los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º.

Art. 853 Serán también justas causas para desheredar á los hijos y descendientes, tanto legítimos como naturales, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2º, 3º, 5º y 6º, las siguientes:

1ª Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre ó ascendiente que le deshereda.

2^a Haberle maltratado de obra ó injuriado gravemente de palabra.

3^a Haberse entregado la hija ó nieta á la prostitución.

4^a Haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil.

Art. 854 Serán justas causas para desheredar á los padres y ascendientes, tanto legítimos como naturales, además de las señaladas en el art. 756 con los números 1^o, 2^o, 3^o, 5^o y 6^o, las siguientes:

1^a Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el art. 169.

2^a Haber negado los alimentos á sus hijos ó descendientes sin motivo legítimo.

3^a Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entré ellos reconciliación.

Art. 855 Serán justas causas para desheredar al cónyuge, además de las señaladas en el art. 756 con los números 2^o, 3^o y 6^o, las siguientes:

1^a Las que dan lugar al divorcio, según el artículo 105.

2^a Las que dan lugar á la pérdida de la patria potestad, conforme al art. 169.

3^a Haber negado alimentos á los hijos ó al otro cónyuge.

4^a Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.

Para que las causas que dan lugar al divorcio lo sean también de desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo.

Art. 856 La reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva á éste del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha.

Art. 857 Los hijos del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto á la legitima; pero el padre desheredado no tendrá el usufructo ni la administración de los bienes de la misma.



APLICACION PRACTICA

El hijo que nace después de otorgado el testamento, sin que en él se haga mención de tal descendiente como heredero, ni por tanto se le forme hijuela, se entiende preterido para los efectos de la inscripción de los bienes hereditarios en el Registro de la propiedad, aunque dicho hijo sea póstumo; porque carece de título legal á la herencia y no puede inscribirse mientras no obtenga la declaración judicial de heredero. (Res. de 30 de Octubre de 1896).



CAPITULO XXIII

De las mandas, legades y donaciones mortis causa



ESPUES de haber estudiado cuantas cuestiones legales dicen especial relación con la llamada sucesión hereditaria por testamento á título universal, vamos á examinar en este Capítulo aquellas otras referentes á la sucesión testada á título singular; ó sea, la doctrina que la legalidad vigente tiene establecida para las llamadas mandas, legados y donaciones *mortis causa*.

I Razón de existencia de las mandas y legados.--Las mandas y legados existen en nuestro Derecho civil vigente por lo mismo que se deja al testador cierta libertad para disponer de parte de sus bienes en beneficio de personas que no son consideradas como herederos forzosos: son las instituciones parciales á que nos referimos consecuencia de esa misma libertad parcial para la disponibilidad de los bienes por testamento, y han sido respetadas por los modernos legisladores por haber visto en ellas un medio de que el hombre cumpla ciertas afecciones ó deberes de gratitud que no podrían quedar cumplidos con la institución de heredero.

Decimos que han sido respetadas por los modernos legisladores, porque éstos no han creado tales instituciones como nue-

vas en nuestro Derecho civil actual, sino que las hallaron establecidas en el anterior, pues que su origen se remonta á los tiempos de la antigua Roma.

No obstante el rigorismo de los principios del Derecho romano, que como es sabido exigía la institución de heredero como requisito esencial para que el testamento valiera, se admitió en aquel pueblo sin reparo alguno la institución de las mandas y legados, pues no se creyó prudente ahogar el impulso de las afecciones del corazón humano, que considerando la necesidad de hacer partícipes en la herencia á personas que no podían ser consideradas como herederos forzosos, admitió siempre de buen grado el medio que la ley ponía á su alcance para satisfacer otros sentimientos y deberes, al propio tiempo que cumplía los no menos sagrados que se derivaban de la especial organización de la familia romana.

Nuestros Códigos patrios siguieron igual conducta que habían adoptado las leyes de Roma: así vemos que en todos los momentos de nuestra historia legal, se ha dejado libertad á los testadores para distribuir parte de su fortuna en mandas y legados, haciendo partícipes de los beneficios que sus intereses materiales podían reportar, á otras personas con quienes quizá no les ligara ninguna relación de parentesco y solo sí de íntima y pura amistad, más fuerte y eficaz en muchos casos que aquella que es originada por vínculos de la propia sangre. Por eso hubo Códigos entre nosotros que concedieron al testador que en ciertos casos pudiera disponer de toda la herencia en forma de legados, y permitieron en otros casos armonizar la institución universal con la singular, otorgando ciertos beneficios á quienes no eran considerados como herederos forzosos, sin olvidar los derechos que á favor de determinadas personas establecía la ley dándoles la consideración de herederos forzosos: los derechos de éstos se satisfacían instituyéndoles por herederos en la mayor parte de la herencia, por lo menos en la que constituía la legítima; y los deberes de afección hacia los extraños se cumplían haciéndoles partícipes de la herencia en aquella parte de esta que la ley atribuía á la libre disposición del testador.

Así, pues, los modernos legisladores, al redactar la nueva Ley civil, hallaron viviente la institución de las mandas y legados, regulados en forma muy parecida á como lo habían hecho las leyes de Roma, porque D. Alfonso X el Sabio, se encargó de darles existencia en su Código de las Partidas, y la práctica realizó lo que en dicho cuerpo legal estaba preceptuado.

El Código Civil vigente estudia también estos modos de sucesión á título singular, si no siguiendo en un todo las antiguas doctrinas, aceptándolas con no muy esenciales modificaciones, como á continuación expondremos. La moderna Ley civil positiva llama legatario al que sucede á título universal, facultando al testador para disponer de sus bienes á título de herencia ó de legado; si bien en caso de duda y aun cuando el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, valdrá la disposición como hecha á título universal ó de herencia, si su voluntad está clara acerca de este concepto.

Concepto y naturaleza del legado como modo de suceder.—Es el legado un modo de suceder á título singular, por el cual el testador manda una cosa ó porción de bienes á persona determinada. Esto si se considera en el legado la facultad de disponer que implica con relación al testador, que si se atiende á aquello de que se dispone por tal modo, diremos que el legado es: la porción de herencia dejada por el testador á título singular en beneficio de una determinada persona.

Para los romanos era el legado *donatio quedam á defuncto relicta, ab heredere prestanda*; concepto que hoy no podemos admitir, porque no puede afirmarse en rigor de verdad que es el heredero quien en todo caso ha de pagar los legados, pues la legalidad vigente (1) establece de un modo harto expreso, que el testador podrá gravar con mandas y legados, no solo á su heredero, sino también á los legatarios; si bien éstos no estarán obligados á responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado.

Don Alfonso el Sabio decía en la Ley I, tít. 9º, Partida VI,

(1) Art. 853 del Código Civil.

que manda era, «una manera de donacion que deja el testador en testamento ó cobdicio á alguno por amor de Dios ó de su ánima, ó por facer algo á aquel á quien se deja». Este concepto del legado presentaba el inconveniente de confundirle con la donación, conceptos que difieren esencialmente, en cuanto que la aceptación que una y otra institución precisan ha de realizarse en momentos muy diferentes: en la donación ha de tener efecto el requisito de la aceptación en vida del donante, en tanto que en el legado tal formalidad no se cumple hasta después de fallecer el testador.

La especial naturaleza del legado como modo de suceder á título particular consiste en que el legatario no adquiere el carácter de continuador de la personalidad del causante de la herencia, como sucede con el que es llamado propiamente heredero: solo adquiere una participación concreta y determinada en la fortuna del testador, sobre cuya parte alícuota de la herencia le es transmitido el dominio, sin responder en ningún caso de las obligaciones del testador más que hasta donde alcance lo que por el legado percibe, y si participa de la naturaleza de las sucesiones testadas y en cierto sentido se confunde con ellas, no es más que porque su fuerza la recibe de una disposición testamentaria; disposición que lo mismo para el legatario que para el heredero forma la ley á que primeramente debe atenderse.

Quién puede legar y recibir legados.—Si el legado no es en su forma otra cosa que una disposición testamentaria, según dejamos indicado, y los efectos de tal disposición no son producidos hasta la muerte del testador, por la misma razón de gozar del carácter de disposición de última voluntad, es evidente que para legar se necesita igual capacidad jurídica que para hacer testamento, cuya doctrina dejamos explicada en el Capítulo V. Y por igual consideración decimos, que la capacidad para recibir legados es igual á la requerida para suceder por testamento, en la forma y condiciones que hemos explicado en el Capítulo XV. No creemos que en uno y otro caso la capacidad del que ordena y recibe el legado pueda ser distinta de la exigida al que formaliza el testamento y recibe la herencia, porque hablando de los lega-

dos nada especial dispone el legislador en el punto de referencia, y ante este silencio es racional presumir que se remite á aquellos principios generales, pues sería absurdo suponer que no podía ordenar lo menos aquél á quien está concedido ordenar lo más, y que tampoco podía recibir parte de la herencia la persona capacitada para recibir el todo.

Cosas que pueden ser objeto de legado, y efectos distintos que este produce según la materia sobre que verse.—Para indicar el Código Civil cuáles son las cosas que pueden formar el objeto propio del legado, emplea una locución que por el carácter negativo que tiene hace que haya que indagar cuáles son esas cosas que pueden constituir materia de legado. Al decir la nueva Ley civil en su art. 865, que es nulo el legado de cosas que están fuera del comercio, quiere expresar con ello que el legado puede tener lugar sobre todo aquello que es lícito y de alguna manera presta utilidad al hombre, ya sean cosas materiales, ora lo sean aquellos derechos que forman parte del patrimonio humano.

Ahora bien; considerada la materia ú objeto del legado por razón de la propiedad que sobre ella se tiene constituida cuando aquel se ordena, diremos que el legado puede consistir en cosas propias del testador, del heredero ó de otro legatario mismo, y aun en las ajenas.

Si la cosa legada pertenece al testador, caso el más ordinario y sencillo, el heredero ó herederos instituidos están obligados á entregar la cosa legada al donatario, mientras no exceda de la parte de libre disposición, si los herederos son forzosos, y en su totalidad aunque exceda de dicha parte si son voluntarios; y el pago cuando hay más de un heredero lo efectuará aquél á quien el testador designe expresamente, y si nada en particular indica, todos ellos quedarán obligados en la misma proporción en que sean herederos (1).

Si la cosa legada pertenece en propiedad al heredero ó á otro legatario, el legado será válido, y dicho heredero ó legatario deberán entregarle la misma cosa legada ó su justa estima-

(1) Art. 859 del Código Civil.

ción al aceptar la sucesión, siempre que con ella no se perjudique la legítima de los herederos forzosos; y si el heredero ó legatario no tuviesen más que una parte ó un derecho en la cosa legada, se entenderá limitado el legado á esta parte ó derecho, á menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero (1), pues en este caso puede asegurarse que la cuestión queda reducida á aquel otro en que el testador lega una cosa ajena á sabiendas de que no le pertenecía al legarla, caso del cual hemos hablado anteriormente.

Si el legado consiste en una cosa ajena, hay que distinguir el caso de que el testador sepa que no le pertenecía, de aquel otro en que creyera que era de su propiedad: en el primer caso el legado es válido y el heredero queda obligado á adquirirla para entregarla al legatario; y, no siéndole posible, á dar á éste su justa estimación, quien deberá probar que el testador sabía que la cosa era ajena cuando se la legó: en el segundo supuesto el legado será nulo, y únicamente valdrá si el testador la adquiere con posterioridad al acto de otorgar el testamento (2).

Si el legado consiste en una cosa que al tiempo de hacerse el testamento correspondía al propio legatario, dicho legado es nulo, por regla general, y no produce por tanto efecto alguno, aunque en ella tuviese algún derecho otra persona; pero si el testador dispuso expresamente que la cosa sea liberada de este derecho ó gravamen, valdrá en cuanto esto el legado (3).

También puede consistir el legado en una cosa empeñada ó hipotecada para la seguridad de una deuda exigible; ó en cosa sujeta á usufructo, uso ó habitación, produciendo en cada caso distintos efectos. En el primer caso el pago de la deuda corresponde al heredero: si el legatario pagare, por no pagar el heredero, quedará aquél subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el heredero; porque en tal caso se entiende que la voluntad del testador es que la cosa empeñada ó hipoteca-

(1) Art. 864 del Código Civil.

(2) Artículos 861 y 862 de id. id.

(3) Art. 866 de id. id.

da la reciba el legatario libre de toda carga y gravamen, á no ser que expresamente manifieste lo contrario: el heredero es quien tiene que liberar la carga, y si por abandono de él realiza la liberación el legatario, nada más justo que éste tenga acción para reclamar contra el heredero como la tendría el que era acreedor directo del testador, porque si no se cumplirían los deseos de éste, que, como antes indicamos, son que aquél á quien beneficia con un legado perciba sin gravamen la cosa que graciosamente quiere que le sea entregada, cuando expresamente no le impone alguna carga.

Nuestras Leyes de Partida no resolvían esta cuestión en estos mismos términos en todo caso, sino que hacían la distinción de si el testador sabía ó no que la cosa que legaba estaba empeñada ó hipotecada: si lo sabía, el heredero era el obligado á liberar la carga; pero si lo ignoraba, tal obligación pesaba sobre el legatario.

La solución que á esta cuestión daba el Derecho civil histórico era más justa y equitativa que la que el actualmente vigente formula; y decimos esto, porque seguramente con aquel criterio se cumplía por modo más completo y exacto la voluntad del testador. La nueva Ley civil sanciona en el punto de referencia una incoherencia, porque si las cosas empeñadas ó hipotecadas pertenecen en cierto modo á un extraño, al acreedor pignoratario ó hipotecario, debiera haber resuelto el caso por lo que determina cuando el legado consiste en una cosa ajena sabiendo el testador que lo era cuando la legó, y por lo que establecido tiene también para cuando el testador ignoraba que la cosa legada era ajena; esto es, debiera haber hecho la distinción que hacía el Derecho histórico, y hubiera de ese modo evitado la contradicción ó contrasentido á que dá lugar el juicio comparativo de una disposición con otra, en el caso posible de ignorar, ó por mejor decir, no recordar el testador en el momento de ordenar el legado, que la cosa que legaba estaba empeñada ó hipotecada para la seguridad del pago de alguna deuda exigible.

Hay que advertir, que la vigente legalidad civil distingue entre los casos de simple prenda ó hipoteca, de toda otra carga,

ya sea perpetua ó temporal, á que puede estar afecta la cosa legada, pues en este caso tal cosa pasa al legatario con la carga que tuviera; si bien las rentas, intereses ó réditos devengados hasta la muerte del testador son carga de la herencia (1).

La diferencia estriba, en que cuando se trata de una deuda cualquiera, por más que esté especialmente garantida con una cosa del haber hereditario, se supone que tal deuda lo es de la herencia y no carga especial de la cosa que se dá en garantía, por cuya razón es justo que su pago sea de cuenta del heredero. Pero cuando no se trata de una deuda, sino de una carga, ora sea perpetua, ora temporal, se considera que no hay propiamente deuda, sino que se trata de un gravamen especial de la finca.

Si la cosa legada estuviera sujeta á usufructo, uso ó habitación, el legatario deberá respetar estos derechos hasta que legalmente se extingan (2), porque en este caso se supone que no hay deuda, sino gravamen propio é insustituible de la cosa legada.

Puede también consistir el legado en *créditos*, porque también estos contribuyen á aumentar la fortuna del legatario, quien recibirá del heredero los documentos en que conste la deuda á favor del testador, si el deudor es un tercero; y si es el mismo legatario, caso en el cual el legado se llama de perdón, el efecto de este consiste en librarle del deber legal de pagar la deuda, pues vienen á confundirse los conceptos de deudor y acreedor en una misma persona, circunstancia que extingue la obligación: en el primer caso el legatario se subroga en la personalidad del testador, en representación del cual puede ejercitar cuantas acciones á éste correspondieran; en el segundo la liberación de la deuda absuelve de todo pago al legatario, quien podrá pedir y obtener del heredero la correspondiente carta de pago.

Por último, el legado puede consistir en una pensión periódica ó cierta cantidad anual, mensual ó semanal, ó en el derecho á recibir alimentos ó educación. En el primer caso el legatario podrá exigir la pensión del primer período una vez ocurrido el

(1) Art. 867 del Código Civil.

(2) Art. 868 de id. id.

fallecimiento del testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar á la devolución, aunque el legatario muera antes que termine el período comenzado (1).

El legado de educación dura hasta que el legatario sea mayor de edad, y el de alimentos mientras éste viva, si el testador no dispuso otra cosa.

En la determinación de la cantidad que ha de aplicarse á estos legados, hay que atender en primer término á la voluntad del testador, y cuando éste nada hubiera dispuesto, se fijará según el estado y condición del legatario y el importe de la herencia, ó según la costumbre que tuviera el testador, si en vida favorecía al legatario con alguna cantidad de dinero ú otras cosas por vía de alimentos, en cuyo caso se entenderá legada la misma cantidad, si no resulta en notable desproporción con la cuantía de la herencia (2).

División de los legados por razón de la forma en que pueden ordenarse.—El legado, como acto de liberalidad que es, puede ser ordenado de una manera pura ó condicional; á plazo, *desde* cierto tiempo ó *hasta* tiempo cierto; con causa, con demostración y con modo.

Llámase legado *puro* aquel cuyos efectos se producen desde la muerte del testador: desde ese mismo día el legado se debe y hay derecho á pedirlo, que es por lo que decían los romanos que el día *cedia* y *venia* desde dicha fecha.

Se dice que el legado es *condicional*, cuando su realización depende de un acontecimiento futuro é incierto, hasta cuyo cumplimiento están como en suspenso los efectos que ha de producir (3).

(1) Art. 880 del Código Civil.

(2) Art. 879 de id. id.

(3) Hay que tener presente que las condiciones que pueden afectar á los legados son las mismas que pueden imponerse al heredero voluntario, y los efectos que cada una de ellas producen son también iguales, razón por la cual prescindimos aquí de su repetición, remitiendo al lector á cuanto sobre el particular dejamos dicho en Capítulos anteriores.

La doctrina aplicable á los legados puros y condicionales, por lo que á sus efectos legales respectivos afecta, es la misma que dejamos explicada al hablar de la institución *pura y condicional* de heredero, por cuya razón no nos paramos aquí á hacer una más detenida explicación. Así se dice respecto de los primeros en el art. 881 del Código Civil, que «el legatario adquiere derecho á los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite á sus herederos».

Los legados á *plazo* pueden ser ordenados en dos formas distintas, que son: *desde cierto día ó hasta día señalado*. En el primer caso no se producen los efectos propios del legado hasta que el día llega, porque solo entonces *cede y viene* el día como decían los romanos: es bajo este punto de vista análogo el plazo á la condición suspensiva; y no decimos que son iguales, porque media entre ellos la esencial diferencia de que la condición puede ó no cumplirse, en tanto que el plazo ha de llegar necesariamente. Por la consideración de que en estos legados *no viene* el día hasta que es cumplido el plazo, si el legatario muere antes de que llegue el día designado, ningún derecho transmite á sus herederos sobre la cosa legada, por la sencilla razón de que él no llegó á adquirirlos, y sabido es que *nemo dat quod non habet*.

En el caso de que el legado se haya hecho *hasta día señalado*, el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada y puede transmitirla á sus herederos, desde la muerte del testador, porque desde tal fecha se dice que el día *cede y viene*; pero tal relación de propiedad cesa en el momento en que llega el término fijado. Por eso se dice que el plazo en este caso es equivalente á una condición resolutoria, bien que con la diferencia en el caso anterior apuntada, de que el plazo ha de cumplirse necesariamente, en tanto que la condición puede ó no llegar á realizarse.

Dícese que el legado es *con causa*, cuando el testador expresa la razón ó motivo que le decide á legar; *de modo*, cuando explica el destino que quiere se dé á la cosa legada; y *con demostración*, cuando no se designa de una manera expresa y concreta la cosa legada, sino que se la señala con ciertos detalles por los cuales puede venirse en conocimiento de cuál es en realidad.

Respecto á los legados con causa, hay que tener presente que si la causa es falsa ó contraria á derecho se tendrá por no escrita, á no ser que siendo falsa resulte del testamento que el testador no habría hecho tal institución si hubiese conocido la falsedad de la causa (1).

Si el legado es de modo, la expresión del objeto del legado ó la aplicación que haya de darse á lo dejado por el testador, ó la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, á no parecer que esta era su voluntad; y lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es transmisible á los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido, con sus frutos é intereses, si faltaren á esta obligación (2).

Por lo que dice relación al legado *con demostración*, solo diremos que produce los mismos efectos generales que el legado *puro*, una vez determinada con exactitud la cosa que es objeto propio de tal legado, la persona del legatario y la intención del testador.

Forma en que ha de hacerse el pago de los legados.—Es principio general en punto á cómo debe pagarse el legado, que el heredero debe dar la misma cosa legada, pudiendo hacerlo, y no cumple con dar su estimación; y si el legado consiste en dinero, deberá ser pagado en esta especie, aunque no lo haya en la herencia (3). Pero como hay casos en que el cumplimiento de este principio no puede tener efecto con todo rigor, vamos á examinar los diferentes modos ó maneras de efectuarse el pago de los legados, según de la clase que estos sean.

Si el legado es de cosa ajena, el heredero procurará adquirirla para entregarla al legatario, y no siendo posible la adquisición cumplirá con dar á éste su justa estimación.

Cuando el legado es de cosa mueble genérica, es válido aunque no haya de su género en la herencia, y su pago se efectuará como en el caso anterior: si el testador puede adquirirla

(1) Art. 767 del Código Civil.

(2) Art. 797 de id. id.

(3) Art. 886 de id. id.

por cualquier título, hará su adquisición para entregársela al donatario, y si esto no es posible, cumplirá con darle su estimación.

Si el legado consiste en cosa inmueble no determinada, la elección de la cosa que ha de entregarse en pago del legado será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior; pero si el testador hubiere dejado expresamente la elección al heredero ó al legatario, el primero podrá dar ó el segundo elegir lo que mejor les pareciere. Cuando no pueda hacer la elección aquél á quien el testador concedió esta facultad, la hará el otro (heredero ó legatario recíprocamente), y una vez hecha la elección será irrevocable.

En el pago del legado de cosa específica y determinada se deben comprender los frutos y rentas pendientes á la muerte del testador, pero no las rentas devengadas y no satisfechas: pues es principio de Derecho positivo que la cosa legada deberá entregarse con todas sus accesiones y en el estado en que se halle al morir el testador.

Si el legado no fuere de cosa específica y determinada, sino genérico ó de cantidad, se deben al legatario los frutos é intereses desde la muerte del testador, que deberán serle entregados al propio tiempo que la cosa legada, siempre que así lo hubiere ordenado expresamente el testador.

En todo caso, el legatario ha de obtener la entrega y posesión de la cosa legada por medio del heredero ó albacea autorizado para ello, sin que pueda ocuparla por su propia autoridad (1); y los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada serán á cargo de la herencia, pero sin perjuicio de la legítima (2). Sin embargo, aunque la ley no lo dice, creemos que si el testador dispusiera otra cosa en cuanto al sujeto obligado á hacer los gastos de la entrega del legado, tal disposición valdría, porque si expresara que tales gastos los hiciera el mismo legatario, el caso quedaría reducido á aquel otro en que el testador grava con alguna carga el legado, cosa que, como hemos visto, es posible dentro de los términos de la Ley positiva.

(1) Art. 885 del Código Civil.

(2) Párrafo 3º del art. 886 de id. id.

Examen de la doctrina legal sobre aceptación de legados.—Como todo legado es acto de liberalidad con el que el legatario se beneficia, aun en aquellos casos en que el testador le impone alguna carga ó gravamen, porque de igual modo que en las donaciones onerosas es siempre mayor el valor de lo que se recibe que el de aquello que en compensación ha de darse, si no ha de quedar desnaturalizado el acto de liberalidad, es evidente que el legatario tiene libertad para aceptar ó no el legado, ya que es principio general de derecho, que cada uno puede renunciar el todo ó parte del beneficio que se le hace.

Pero este principio admite dos excepciones en la Ley positiva, representadas por los casos en que un mismo legado contiene una parte onerosa y otra que no lo es, y cuando el legatario lo es de dos legados ordenados por un mismo testador, siendo uno oneroso y el otro simple. En el primer caso no podrá el legatario aceptar la parte del legado no gravada y repudiar la onerosa; y tampoco en el segundo le es permitida la aceptación del legado simple ó sin carga y la repudiación del oneroso, porque se presume que el testador no hizo el legado simple sino como compensación de las obligaciones impuestas en el oneroso. Por esta razón, y puesto que la solución legal se funda en lo que es mera presunción de la voluntad del testador, hay que admitir que cuando éste disponga otra cosa en contrario su disposición será válida. Cuando los dos legados son onerosos, el legatario tiene libertad para aceptar uno y repudiar el otro.

El heredero que sea al propio tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, ó renunciar éste y aceptar aquella; principio legal conforme en un todo con aquel otro que establece facultad en el heredero mejorado para admitir la mejora y repudiar la herencia (1).

La aceptación de un legado determina la adquisición de los derechos dominicales del legatario sobre la cosa legada, derechos que son transmisibles á sus herederos; pero si muriese antes de verificar la aceptación, dejando á su vez varios herederos, po-

(1) Párrafo 2º del art. 830 del Código Civil.

drá uno de éstos aceptar y otro repudiar su correspondiente parte en el legado (1).

Siempre que deje de aceptarse el todo ó parte de un legado, por no poder ó no querer verificar la aceptación el legatario, la cosa ó cantidad legada se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer.

Casos en los cuales el legado queda sin efecto.—«El legado quedará sin efecto:

1º Si el testador transforma la cosa legada, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía.

2º Si el testador enajena, por cualquier título ó causa, la cosa legada ó parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda solo sin efecto respecto á la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa.

3º Si la cosa legada perece del todo viviendo el testador, ó después de su muerte sin culpa del heredero. Sin embargo, el obligado á pagar el legado responderá por evicción, si la cosa legada no hubiere sido determinada en especie, según lo dispuesto en el artículo 860» (2).

Además, si el legado es de un crédito contra tercero, ó de perdón ó liberación de una deuda del legatario, caducará si el testador, después de haberlo hecho, demandare judicialmente al deudor para el pago de su deuda, aunque este no se haya realizado al tiempo de su fallecimiento (3).

Si el legado es de cosa inmueble no determinada, quedará sin efecto si en la herencia no la hubiere de su género; así como tampoco lo producirá si la cosa legada era propiedad del legatario á la fecha del testamento, aunque después haya sido enajenada. Si la adquisición hubiera tenido lugar después de ordenar el legado,

(1) Párrafo 2º del art. 889 del Código Civil.

(2) Art. 869 de id. id.

(3) Art. 871 de id. id.

y se hubiese hecho por título oneroso, el legatario podrá pedir al heredero que le indemnice de lo que haya dado por adquirirla (1).

Orden que ha de observarse en el pago de los legados cuando no caben todos en la herencia ó en la parte de libre disposición.—Puede suceder, que el testador haya llevado á tal extremo sus actos de liberalidad al ordenar legados, que el valor de estos exceda de la cuantía del haber hereditario de que libremente puede disponer si tiene herederos forzosos, ó del total caudal de la herencia, si carece de herederos de la clase mencionada. En uno y otro caso choca esa voluntad del testador al quererla dar cumplimiento con una imposibilidad, legal en el primer supuesto y material en el segundo.

En previsión de estos casos posibles, los legisladores han tenido que dictar reglas para dar solución á la cuestión; reglas que ya examinamos anteriormente al hablar de las legítimas, por lo que se refiere á la reducción cuando lo legado ó donado excede de la parte de libre disposición, habiendo de estudiar ahora las aplicables al caso en que el importe de todos los legados no pudiera ser satisfecho con el haber hereditario, por ser la cuantía de este inferior á la de aquellos. En este caso el pago de los legados se efectuará por el orden siguiente: 1º Los legados remuneratorios. 2º Los legados de cosa cierta y determinada, que forme parte del caudal hereditario. 3º Los legados que el testador haya declarado preferentes. 4º Los de alimentos. 5º Los de educación. 6º Los demás á prorrata (2).

Es racional y justo que en primer lugar se paguen los legados remuneratorios, porque si de otro modo fuera resultaría que el legatario padecía un perjuicio con el legado, cosa que es contraria en el fondo á lo que este es y significa. En este caso, la remuneración de lo que por legado se recibe hace que nazcan relaciones recíprocas entre el legatario y el heredero, para ambos onerosas, siquiera lo sean en mayor grado para éste, y no sería justo ni equitativo que se declarara la preferencia á favor de un tercero en el supuesto que venimos considerando.

(1) Art. 878 del Código Civil, y párrafo 2º del 875.

(2) Art. 887 de id. id.

En segundo lugar gozan de preferencia los legados consistentes en cosa cierta y determinada de la herencia, porque se supone que el testador al designar tal cosa en concreto para legado, quiso que el legatario la obtuviera y disfrutara sin deducción ni carga alguna.

Son declarados por la ley preferentes en tercer lugar, los legados á que el testador haya dado preferencia. Así lo dice el número 3º del art. 887 del Código Civil, y así creemos que debe observarse en la práctica, porque ante manera tan terminante de señalar, no cabe discutir sobre lo que el legislador habrá querido decir; pero compréndese á primera vista la contradicción que envuelve lo determinado en este número, comparado con el anterior, con el principio que en materia de sucesión hereditaria rige, de haber de respetar y atenerse en primer término á la voluntad del testador. Bueno que éste no hubiera podido, con validez legal, decretar la preferencia de un legado cualquiera sobre los que fueren remuneratorios, porque aquí habría perjuicio positivo de tercero; pero de aquí á que hayan de gozar preferencia los que consistan en cosas determinadas de la herencia, sobre los que declare preferentes el mismo testador, hay mucha distancia. Por esta consideración creemos que los legisladores hubieran realizado un acto de mayor justicia y equidad si hubieran antepuesto en orden preferente los legados á que el testador diera este carácter, á los consistentes en cosa cierta y determinada de la herencia.

Dícese por la Ley positiva que son en cuarto lugar preferentes los legados de alimentos; los cuales legados consisten, en lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia; y no añadimos que la educación é instrucción del alimentista cuando es menor de edad, como hace el número 2º del art. 142 del Código Civil, porque las prestaciones para tales fines, son objeto de otro legado menos preferente, como á continuación tendremos ocasión de observar.

Hay que advertir, que al hablar de los legados de alimentos, debidos en cuarto lugar en el orden de preferencia, cuando

la cuantía de todos los legados que el testador ordena son superiores al valor del total haber hereditario, se refiere la ley á aquellas pensiones alimenticias que el testador impone al heredero ó á cualquiera otro legatario, no á aquella alimentación que por ministerio propio de la ley deben prestarse unos á otros parientes, porque sabido es que tal obligación cesa con la muerte de la persona obligada, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme. Las pensiones alimenticias que como legado deja el testador á favor de una persona determinada, se deben en la forma dispuesta por el mismo testador; y el legatario tiene derecho á pedir anotación preventiva y después inscripción definitiva sobre los mismos bienes de la herencia que fueron anotados, ó sobre otros de la misma procedencia si aquellos no fueron adjudicados al heredero especialmente gravado con la obligación de prestar alimentos, para la seguridad de que éstos han de serle prestados.

Los legados de educación forman una especie distinta de los de alimentos, para los efectos de declarar la preferencia cuando entre todos exceden del valor del caudal hereditario, y la ley los pospone en tal sentido á los de pensión alimenticia, siendo racional que así se declare, porque en el orden de las necesidades humanas se presentan como más apremiantes, y por lo mismo de más imperioso cumplimiento, aquellas que dicen relación á la subsistencia de la persona.

Después de los mencionados legados, exigibles en el orden preferente que dejamos indicado, ya no se declara la preferencia por ninguno de ellos, cualquiera que sea su clase, y todos deben satisfacerse á prorrata; esto es, sufriendo una deducción ó rebaja en proporción á su cuantía respectiva, hasta que todos quepan en el haber hereditario.

Acciones que competen á los legatarios.—Los derechos que la ley declara á favor de los legatarios sobre las cosas que forman el objeto de los legados que en su beneficio ordenen los testadores, serían incompletos si la misma ley no les concediera recurso propio para obtener su entrega y posesión, caso de que por el heredero ó un tercero se opusiera negativa á cumplir lo que

en cada caso fué voluntad del testador; recurso que es distinto en su propia naturaleza según sea la clase de legado que haya que reclamarse. Así, por ejemplo, si el legado es de cosa específica y determinada, la acción procedente es la *reivindicatoria*, porque el fallecimiento del testador determina la transmisión del dominio de la cosa legada á favor del legatario, con todos sus derechos y acciones, y como la reivindicación es facultad esencial del dominio, dando lugar á la acción del mismo nombre, de aquí que corresponda al legatario, quien podrá ejercitarla contra el heredero ú otro cualquier legatario que el testador designe, ó contra los testamentarios ó albaceas, y en defecto de todos acudiendo á la autoridad judicial, para la práctica de las diligencias de que habla la Ley de Enjuiciamiento civil, con el fin de que se cumpla la voluntad del testador.

Para la reclamación de las demás clases de legados, corresponde á los legatarios el ejercicio de acción personal *extestamento*, y para la seguridad de la ejecución ó cumplimiento de los mismos, la acción hipotecaria.

II De las donaciones mortis causa. Sumarias consideraciones sobre las mismas.—Al hablar de la donación como modo de adquirir, expresábamos que solo íbamos á estudiar en aquel lugar (Capítulo III) las donaciones llamadas *inter vivos*, reservando para este las designadas con el nombre de *mortis causa*, ya que por expresa disposición del legislador, estas se rigen por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria, toda vez que participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y han de producir sus efectos por muerte del testador.

La clase de donación que ahora consideramos, es institución estudiada ya en el Derecho romano y no olvidada por el Código de las Partidas, en cuya Ley XI, tít. 4º de la Partida V, se lee como epígrafe de la misma: *De las donaciones que facen los omes seyendo enfermos, quales deven valer é quales non*. Esta Ley exigía igual capacidad en el donante que la requerida para hacer testamento, mas la formalidad de haber de asistir cinco testigos.

La donación *mortis causa* es así llamada cuando se hace

por una persona que se halla en inminente peligro de muerte, bajo la condición de recobrar, si el peligro desaparece, lo que sea objeto de la donación.

De este general concepto de la donación *mortis causa* se deduce, que sus efectos penden siempre del cumplimiento de una condición suspensiva, como es el hecho de que se verifique la muerte del donante, y que es esencialmente revocable por razón de su propia naturaleza, en el doble sentido de poder ser anulada por voluntad del mismo donante, y de quedar sin efecto por el solo hecho de librarse éste de la muerte.

Los requisitos para ordenar la clase de donación de que nos ocupamos, son los mismos exigidos para el testamento válido; y la acción que compete al donatario para obtener la entrega de la cosa donada tiene el carácter de *mixta*, por participar de la naturaleza de real y personal.

Por último, dedúcese que entre la donación *mortis causa* y el legado median relaciones, pero que también los distinguen esenciales diferencias. Aseméjense en que ambos participan de la naturaleza de disposiciones de última voluntad y en que producen sus naturales efectos al ocurrir el fallecimiento del testador, siendo revocables á voluntad de éste durante toda su vida. Y se diferencian por razón de las formalidades con que cada uno se constituye y en las causas porque pueden quedar ineficaces: los legados se ordenan en testamentos y las donaciones pueden ordenarse, y es su forma más propia, en otra clase de instrumento público, como un especial contrato, cumpliendo cuantos requisitos generales dejamos explicados al hablar de la donación como modo de adquirir: tanto las donaciones *mortis causa* como los legados, pueden quedar sin efecto por voluntad del donante ó testador, pero la donación, en cambio, queda anulada de derecho si la muerte del donante no tiene lugar cuando en su consideración la ordenó, en tanto que el legado no se invalida como el testador no lo revoque expresa ó tácitamente.

Legislación foral sobre legados y donaciones mortis causa

La circunstancia de tener estas instituciones un origen común y haberse desenvuelto en toda la Península bajo la influencia de una misma Legislación, la romana, hace que sean muy pocas las diferencias que separan al Derecho civil de Castilla del de los territorios forales, escasas diferencias que resumiremos en sumarias indicaciones.

Cataluña.—Tiénense aceptadas en Cataluña las doctrinas del Derecho romano en el particular que estudiamos, completadas sus disposiciones por alguna otra del Derecho canónico; por eso se dice, tomándolo del Derecho de Decretales, que el legado es válido de cualquiera manera que se haga. Es igualmente válido el legado de esperanza.

Según Brocá y Amell, citados por el Sr. Sancho Tello, aunque en virtud del Cap. V de las Decretales *De testamentis*, III, 26, se pretendió que por Derecho canónico debía considerarse nulo el legado de cosa ajena, la opinión de los mejores tratadistas se ha inclinado á lo contrario, si bien en el sentido de no dar validez á la presunción fundada en la voluntad del testador en lo referente á saber que la cosa era ajena, por ser dicha presunción contraria á la equidad canónica; no debiendo en consecuencia admitirse cuando el testador que hace un legado de esta clase muere dejando hijos y con un escaso patrimonio.

Cuando se lega una casa y todas las cosas que en ella estén, sin distinción alguna, al legatario pertenece todo cuanto se halle dentro de la casa al ocurrir la muerte del testador, excepto las que temporalmente hubieren sido introducidas en ella; pero en cambio le corresponden también las que temporal y accidentalmente se hubieran sacado.

Concédese la conmutación en los legados píos, siempre que

medie justa causa aprobada por el Romano Pontífice; conmutación que se llevará á cabo por el Juez eclesiástico ó secular de acuerdo con los albaceas ó testamentarios.

Vigente en el territorio catalán la Legislación romana, concédese á todo heredero directo acción para detraer la cuarta falcidia, cuando el testador haya distribuido toda la herencia en legados; y la detracción se hará á prorrata del valor de cada legado.

Las donaciones por causa de muerte, son también institución viviente en Cataluña, á cuyo recurso apelan los hijos de familia para disponer de los bienes que forman su peculio castrense y cuasi-castrense, siempre mediante el consentimiento de sus padres.

Aragón.—También en Aragón están aceptadas las doctrinas romanas en los puntos que venimos considerando; si bien gozando el testador de una mayor libertad para ordenar legados, como precisa consecuencia de no ser necesaria la institución de heredero. Solo les está prohibido recibir legados á los hijos adulterinos, sacrílegos é incestuosos.

A diferencia de lo que sucede en Castilla, puede el legatario ocupar la cosa legada por su propia autoridad, acto que se considera independiente de la adición de la herencia por el heredero.

Cuando son instituidos legatarios en un mismo llamamiento el padre y los hijos, se entiende que todos son llamados á un tiempo al disfrute de la cosa legada, que entre todos debe dividirse, y no que ha de obtenerla el padre y sucesivamente los hijos.

Si el testador dice en su testamento que se paguen todas sus deudas, todas deben ser satisfechas, aun las prescriptas, porque se entiende que quiere legar su importe.

Como necesaria consecuencia de no ser precisa la institución de heredero en Aragón, tiene establecido su derecho que todos los legados que el testador instituya son esencialmente obligatorios, sin que el que fuera heredero tenga derecho á la cuarta falcidia, sobre todo si el hijo ó hijos son también legatarios y el padre les impone la condición de que hayan de contentarse con lo

que por vía de legado les deja, en compensación á lo que podría corresponderles en la herencia paterna y materna.

Los legatarios de género que antes tenían derecho á pedir hipoteca tácita en garantía de su legado, hoy tienen los mismos derechos que en Castilla, dado el carácter de general que la Ley hipotecaria presenta.

Estudia también el derecho aragonés las donaciones por causa de muerte, á las que concede el carácter de revocables en general, excepción hecha de los casos en que hayan sido hechas con fianza de salvedad ó por medio de fiador, en cuyos dos casos son irrevocables.

Entre las circunstancias por las cuales se revocan las donaciones por causa de muerte, está el hecho de nacer un hijo, ó haber nietos, hijos de algún hijo difunto.

Navarra.—Las doctrinas del Derecho común ó de Castilla, son aplicables en Navarra, en cuanto á los legados y donaciones por causa de muerte; siendo la única especialidad que se menciona en cuanto al primer extremo, la de que el Notario debe recordar al testador si quiere dejar algo en su testamento al Hospital general de Pamplona, ó al del pueblo en que teste; debiendo hacer constar el Notario en el mismo testamento que cumplió la mencionada obligación, insertando al efecto una cláusula expresiva de haber hecho aquella advertencia. Cuando en la formalización del testamento no intervenga Notario, y sí el Párroco ú otro clérigo, deberán éstos dirigir la misma advertencia al testador, quien es libre para constituir ó no legado á favor de los indicados establecimientos benéficos.

Vizcaya.—No presenta su derecho ninguna especialidad en los puntos que venimos estudiando, para los cuales tiene aceptadas las prescripciones del llamado Derecho común ó de Castilla.

DOCTRINA LEGAL

Art. 858 El testador podrá gravar con mandas y legados, no solo á su heredero, sino también á los legatarios.

Estos no estarán obligados á responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado.

Art. 859 Cuando el testador grave con un legado á uno de los herederos, él sólo quedará obligado á su cumplimiento.

Si no gravare á ninguno en particular, quedarán obligados todos en la misma proporción en que sean herederos.

Art. 860 El obligado á la entrega del legado responderá en caso de evicción, si la cosa fuere indeterminada, y se señalase solo por género ó especie.

Art. 861 El legado de cosa ajena si el testador, al legarla, sabía que lo era, es válido. El heredero estará obligado á adquirirla para entregarla al legatario: y, no siéndole posible, á dar á éste su justa estimación.

La prueba de que el testador sabía que la cosa era ajena corresponde al legatario.

Art. 862 Si el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena, será nulo el legado.

Pero será válido si la adquiere después de otorgado el testamento.

Art. 863 Será válido el legado hecho á un tercero de una cosa propia del heredero ó de un legatario, quienes, al aceptar la sucesión, deberán en-

tregar la cosa legada ó su justa estimación con la limitación establecida en el artículo siguiente.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la legítima de los herederos forzosos.

Art. 864 Cuando el testador, heredero ó legatario tuviesen solo una parte ó un derecho en la cosa legada, se entenderá limitado el legado á esta parte ó derecho, á menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero.

Art. 865 Es nulo el legado de cosas que están fuera del comercio.

Art. 866 No producirá efecto el legado de cosa que al tiempo de hacerse el testamento fuera ya propia del legatario, aunque en ella tuviese algún derecho otra persona.

Si el testador dispone expresamente que la cosa sea liberada de este derecho ó gravamen, valdrá en cuanto á esto el legado.

Art. 867 Cuando el testador legare una cosa empeñada ó hipotecada para la seguridad de alguna deuda exigible, el pago de esta quedará á cargo del heredero.

Si por no pagar el heredero lo hiciere el legatario, quedará éste subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el heredero.

Cualquiera otra carga, perpetua ó temporal, á que se halle afecta la cosa legada, pasa con esta al legatario; pero en ambos casos las rentas y los intereses ó réditos devengados hasta la muerte del testador, son carga de la herencia.

Art. 868 Si la cosa legada estuviere sujeta á usufructo, uso ó habitación, el legatario deberá respetar estos derechos hasta que legalmente se extingan.

Art. 869 El legado quedará sin efecto:

1° Si el testador transforma la cosa legada, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía.

2° Si el testador enajena, por cualquier título ó causa, la cosa legada ó parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda solo sin efecto respecto á la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa.

3° Si la cosa legada perece del todo viviendo el testador, ó después de su muerte sin culpa del heredero. Sin embargo, el obligado á pagar el legado responderá por evicción, si la cosa legada no hubiere sido determinada en especie, según lo dispuesto en el art. 860.

Art. 870 El legado de un crédito contra tercero, ó el de perdón ó liberación de una deuda del legatario, solo surtirá efecto en la parte del crédito ó de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador.

En el primer caso, el heredero cumplirá con ceder al legatario todas las acciones que pudieran competirle contra el deudor.

En el segundo, con dar al legatario carta de pago, si la pidiere.

En ambos casos, el legado comprenderá los intereses que por el crédito ó la deuda se debieren al morir el testador.

Art. 871 Caduca el legado de que se habla en el artículo anterior si el testador, después de haberlo hecho, demandare judicialmente al deudor para el pago de su deuda, aunque este no se haya realizado al tiempo del fallecimiento.

Por el legado hecho al deudor de la cosa empeñada solo se entiende remitido el derecho de prenda.

Art. 872 El legado genérico de liberación ó perdón de las deudas comprende las existentes al tiempo de hacerse el testamento, no las posteriores.

Art. 873 El legado hecho á un acreedor no se imputará en pago de su crédito, á no ser que el testador lo declare expresamente.

En este caso el acreedor tendrá derecho á cobrar el exceso del crédito ó del legado.

Art. 874 En los legados alternativos se observará lo dispuesto para las obligaciones de la misma especie, salvas las modificaciones que se deriven de la voluntad expresa del testador.

Art. 875 El legado de cosa mueble genérica, será válido, aunque no haya cosas de su género en la herencia.

El legado de cosa inmueble no determinada solo será válido si la hubiere de su género en la herencia.

La elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior,

Art. 876 Siempre que el testador deje expresamente la elección al heredero ó al legatario, el primero podrá dar, ó el segundo elegir, lo que mejor les pareciere.

Art. 877 Si el heredero ó legatario no pudiere hacer la elección en el caso de haberle sido concedida, pasará su derecho á los herederos; pero, una vez hecha la elección, será irrevocable.

Art. 878 Si la cosa legada era propia del legatario á la fecha del testamento, no vale el legado, aunque después haya sido enajenada.

Si el legatario la hubiese adquirido por título lucrativo después de aquella fecha, nada podrá pedir por ello; mas, si la adquisición se hubiese hecho por título oneroso, podrá pedir al heredero que le indemnice de lo que haya dado por adquirirla.

Art. 879 El legado de educación dura hasta que el legatario sea mayor de edad.

El de alimentos dura mientras viva el legatario, si el testador no dispone otra cosa.

Si el testador no hubiere señalado cantidad para estos legados, se fijará según el estado y condición del legatario y el importe de la herencia.

Si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero ú otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad, si no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia.

Art. 880 Legada una pensión periódica ó cierta cantidad anual, mensual ó semanal, el legatario podrá exigir la del primer período así que muera el

testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar á la devolución aunque el legatario muera antes que termine el periodo comenzado.

Art. 881 El legatario adquiere derecho á los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite á sus herederos.

Art. 882 Cuando el legado es de cosa especifica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos ó rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte.

La cosa legada correrá desde el mismo instante á riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida ó deterioro, como también se aprovechará de su aumento ó mejora.

Art. 883 La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador.

Art. 884 Si el legado no fuere de cosa especifica y determinada, sino genérico ó de cantidad, sus frutos é intereses desde la muerte del testador corresponderán al legatario cuando el testador lo hubiese dispuesto expresamente.

Art. 885 El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero ó al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla.

Art. 886 El heredero debe dar la misma cosa legada, pudiendo hacerlo, y no cumple con dar su estimación.

Los legados en dinero deberán ser pagados en esta especie, aunque no lo haya en la herencia.

Los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada serán á cargo de la herencia, pero sin perjuicio de la legítima.

Art. 887 Si los bienes de la herencia no alcanzaren para cubrir todos los legados, el pago se hará en el orden siguiente:

1° Los legados remuneratorios.

2° Los legados de cosa cierta y determinada, que forme parte del caudal hereditario.

3° Los legados que el testador haya declarado preferentes.

4° Los de alimentos.

5° Los de educación.

6° Los demás á prorrata.

Art. 888 Cuando el legatario no pueda ó no quiera admitir el legado, ó este, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer.

Art. 889 El legatario no podrá aceptar una parte del legado y repudiar la otra, si esta fuere onerosa.

Si muriese antes de aceptar el legado dejando varios herederos, podrá uno de éstos aceptar y otro repudiar la parte que le corresponda en el legado.

Art. 890 El legatario de dos legados, de los que uno fuere oneroso, no podrá renunciar este y aceptar el otro. Si los dos son onerosos ó gratuitos, es libre para aceptarlos todos ó repudiar el que quiera.

El heredero, que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, ó renunciar este y aceptar aquella.

Art. 891 Si toda la herencia se distribuye en legados, se proratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios á proporción de sus cuotas, á no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

APLICACION PRACTICA

El principio de que el legatario adquiere derecho á los legados puros y simples desde la muerte del testador y lo transmite á sus herederos, no puede menos de estar subordinado á la voluntad del testador, y si éste quiso que precediera la partición de sus bienes como indispensable para la determinación de los que habían de constituir el legado, es nula la adjudicación que se haga sin preceder la partición. (Sent. de 12 de Noviembre de 1891).

Los legados para cuyo pago grava el testador todos sus bienes, pueden pedirse ante cualquiera de los juzgados en cuyo territorio existan bienes del testador. (Sent. de 24 de Enero de 1889).

La acción para reclamar del heredero el pago de un legado de cantidad es de carácter personal, y no habiendo señalado el testador dónde ha de pagarse, es competente para reclamar de él la entrega el Juez correspondiente al domicilio del demandado, porque si bien el fallecimiento del testador ocurrió en otro lugar, no habiendo juicio de testamentaría ni de abintestato, no cabe aplicar lo dispuesto en las reglas 5^a y 7^a del art. 63 de la Ley de Enjuiciamiento civil. (Sent. de 15 de Junio de 1891).

Los legados caducos por cualquiera causa acrecen al heredero universal que haya sido instituido en testamento válido, sin que proceda en tal caso abrir la sucesión abintestato. (Sent. de 22 de Septiembre de 1891).

Por lo que respecta á los legatarios de parte alcuota, el testador puede prohibir el juicio voluntario de testamentaría. (Sentencia de 17 de Octubre de 1893).

La sentencia que condena á entregar el 5 por 100 de interés anual de la mitad de los bienes heredados de una persona y que fueron legados con esa condición á otra, cuando así se deduce de la expresión literal de la cláusula testamentaria, no infringe los artículos 675 y 879 del Código Civil. Asimismo es conforme á derecho el decretar el aseguramiento de dicha entrega,

con el fin de que no deje de cumplirse la voluntad del testador. (Sentencia de 6 de Noviembre de 1895).

Las donaciones *mortis causa* tienen verdadero carácter de disposiciones de última voluntad y deben regirse por las reglas del Capítulo de la sucesión testamentaria, de conformidad con lo dispuesto en el art. 620 del Código Civil. Según este principio, es indudable que el testamento posterior perfecto revoca la donación *mortis causa* hecha eu el anterior. (Sent. de 8 de Mayo de 1896.



CAPITULO XXIV

De los albaceas ó testamentarios

SERMINA la legalidad vigente el estudio de cuantas cuestiones corresponden á la llamada sucesión hereditaria por testamento, con el examen del albaceazgo, institución que forma el asunto del presente Capítulo, en el cual hemos de considerar por quién y cómo se ha de dar cumplimiento á lo que es expresión de la voluntad del testador; punto este de capital importancia para nuestro estudio, dada la significación que el cargo tiene; porque el dar exacto cumplimiento á la voluntad del testador conforme á los dictados de la misma Ley positiva, es una cuestión que afecta no ya solo á los intereses particulares de los que son instituidos herederos, sino también al interés social, que exige se dé á cada uno lo suyo, tal como es querido por el que dispensa el beneficio, siempre que dicho deseo no vaya en contra de lo que establecido tiene la Ley civil positiva.

Idea general de lo que son los albaceas ó testamentarios.—El Código Civil, prescindiendo como de ordinario hacen las leyes positivas, de consignar conceptos doctrinales, comienza afirmando en su art. 892, que «el testador podrá nombrar uno ó más al-

baceas»; sin suministrarnos dato alguno para poder fijar la noción propia de lo que los albaceas ó testamentarios son. Sin embargo, del más superficial examen de las funciones que desempeñan se deduce, que *son aquellas personas que el testador designa para ejecutar lo que ha ordenado en su última disposición testamentaria, conforme á las instrucciones que del mismo reciban, y en su defecto, según las facultades que la ley les concede.*

Decimos en el anterior concepto general de los albaceas, que ejecutarán la voluntad del testador según las facultades que éste les confiera ó las que como propias del cargo les atribuye la ley, porque consecuente el legislador con el principio de atender y cumplir en un todo preferentemente lo dispuesto por el testador, siempre que no sea contrario á las leyes ó perjudique los intereses de tercero, así lo determina; por lo cual creemos que es incompleto el concepto que del albaceazgo se han formado los que solo ven en él el cumplimiento de lo que es voluntad manifiesta del testador, según las instrucciones que de éste reciban los albaceas ó testamentarios, pues puede muy bien suceder que no se les confiera expresamente facultad alguna por el testador, en cuyo caso solo les corresponden aquellas que taxativamente marca la Ley positiva, de cuyo estudio nos ocuparemos más adelante.

Fundamento del albaceazgo.—El albaceazgo, por lo que en sí significa, se funda en la necesidad racional de que aquello que el testador dispuso como su última voluntad, tenga debido cumplimiento por acción propia y directa de aquellas mismas personas á quienes él designó para tal efecto como de su mayor confianza, creyendo que harán en la ejecución de su postrera disposición aquello mismo que él hubiera hecho de sus intereses y derechos. Y legalmente considerada la institución del albaceazgo, se funda en el respeto debido á la voluntad del testador; de cuyo respeto es consecuencia la declaración legal (1) de que los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador, y no sean contrarias á las leyes.

Precedentes históricos de la institución del albaceazgo.—No es

(1) Art. 901 del Código Civil.

el albaceazgo una institución moderna y sin precedentes en nuestro Derecho civil. Si su origen no puede hallarse en el Derecho romano (1) porque en aquel pueblo el cumplimiento de las últimas voluntades corría á cargo del heredero, quien en cierto sentido puede decirse que formaba una misma personalidad con el testador; en cambio se observa que no la pasaron en silencio nuestros Códigos genuinamente patrios, ni aun aquellos que fueron casi exacto reflejo de la Legislación romana: con uno ú otro nombre (2), siempre en el curso de nuestra historia legal han existido los encargados de cumplir la voluntad del testador, objeto propio de los hoy llamados albaceas ó testamentarios.

Las leyes que especialmente se ocuparon de la institución del albaceazgo, fueron algunas del Fuero Real correspondientes al tít. 5º, lib. III, tales como la VIII, que señalaba las personas que podían ser albaceas, y la XII, que determinaba las facultades de éstos: la I, tít. 10 de la Partida VI, que daba la definición del testamentario é indicaba las clases que de éstos había, y la VI del mismo título y Partida, que señalaba el término dentro del cual el albacea ó testamentario había de cumplir la voluntad del testador.

Otras disposiciones legales se dictaron posteriormente en relación con el cargo de albacea ó testamentario, que pasaron á la Novísima Recopilación: tal sucedió con una Real resolución y Cédula de D. Carlos IV, dada en 4 de Noviembre de 1791, en la cual se concedía atribución á los testadores para que confirieran á los albaceas ó tutores que nombraren, facultad de formar los

(1) Nótese, que al decir que el origen del albaceazgo no se halla en el Derecho romano, queremos indicar con ello que no había en aquella Legislación, como después en nuestro Derecho hubo y hoy día hay, personas encargadas de cumplir en un todo la voluntad del testador, lo cual no es negar que en casos especiales no hicieran los testadores algunos encargos sobre determinadas cosas á personas que eran de su confianza, pues bien claramente demuestra lo contrario la Ley VII, tít. 3º del lib. XXXV del Digesto.

(2) Los hoy llamados albaceas ó testamentarios, han sido designados también con los nombres de *cabzaleros*, *ejecutores*, *cumplidores*, *distribuidores*, *dispensadores*, etc.

aprecios, cuentas y particiones de sus bienes entre sus hijos menores, cumpliendo los albaceas ó tutores con presentar las diligencias ante la justicia del pueblo para su aprobación y protocolización en los oficios del Juzgado.

La referida disposición legal pasó á formar la ley X, título 21, lib. X de la Novísima Recopilación, cuya aplicación motivó varias sentencias, que forman, por decirlo así, el más inmediato precedente de nuestro Derecho civil en el punto que estudiamos.

Por la Jurisprudencia se declaró que lo dispuesto en el texto indicado referíase solo á los testamentarios nombrados por el testador sin ser de aplicar á los contadores partidores elegidos por los interesados (1). Que las gestiones hechas por los albaceas contadores, no podían perjudicar á las personas con quienes no se había contado para las diligencias particulares por aquellos practicadas, quedando á salvo á dichas personas todos los recursos concedidos por las leyes (2). Y que no podía admitirse como doctrina legal la de que los albaceas no tenían otra obligación, en punto á dación de cuentas, que la de formular una general de cuanto han recibido y gastado y no una periódica; doctrina que sería inaplicable sobre todo cuando la providencia de dación de cuentas se hubiera dictado en juicio de testamento, y no se mandara que las diera el albacea sino el que hubiera sido administrador del caudal (3).

Capacidad legal para ser albacea —Al señalar la Ley positiva la capacidad propia para ser albacea, formula el principio general de que tal capacidad es la misma requerida para concertar obligaciones, pues no otra cosa expresa el art. 893 del Código Civil, al decir que «no podrá ser albacea el que no tenga capacidad para obligarse.» Y á continuación de este principio y en el mismo artículo indicado, señala los dos casos que representan las dos únicas excepciones al mismo; esto es, estudia las dos incapacidades que la ley establece para poder ser albacea, cuales son:

(1) Sent. de 13 de Marzo de 1861.

(2) Sent. de 30 de Junio de 1862.

(3) Sent. de 5 de Noviembre de 1862.

la del menor de edad, quien no podrá desempeñar tal cargo ni aun con la autorización del padre ó del tutor; y la de la mujer casada, que solo podrá serlo con licencia de su marido, á no ser que esté separada legalmente de él, en cuyo caso no será necesaria la autorización de aquél. La primera de las dos mencionadas incapacidades tiene el carácter de absoluta; la segunda es simplemente incapacidad relativa.

Ante estas terminantes declaraciones de la ley no cabe discutir si las personas por ella no nombradas tienen ó no capacidad para ser albaceas; pero hay, sí, que indagar, quiénes son las que pueden obligarse, para saber cuáles son las que particularmente pueden ser albaceas ó testamentarios. A este efecto, hay que ver quiénes pueden consentir legalmente, toda vez que el consentimiento prestado por persona capaz, es lo que dá lugar al nacimiento de la obligación exigible.

Dícese en el art. 1,263 del Código Civil, que no pueden prestar consentimiento: 1º Los menores no emancipados (1). 2º Los locos ó dementes y los sordo-mudos que no sepan escribir. 3º Las mujeres casadas, en los casos expresados por la ley. De modo, que en rigor de verdad legal, todos estos casos de incapacidad para consentir y obligarse hay que aumentarlos á aquellos que taxativamente marca el art. 893 para ser albacea, y deducir del examen comparado de una y otra disposición de la Ley positiva, que solo tienen capacidad para ser albaceas ó testamentarios, aquellas personas á quienes no comprende ninguna de las circunstancias indicadas en los varios casos de uno y otro artículo.

Ahora bien; juzgando de lo dispuesto por el legislador en el punto que venimos considerando, hay que reconocer que están plenamente justificadas las causas de excepción que señala, porque si el cargo de albacea lleva consigo la representación del finado, en el sentido y hasta el punto que después examinaremos

(1) Exceptúase el caso de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, cuyo contrato puede celebrar el que con arreglo á la ley pueda casarse, bien que debiendo concurrir la persona llamada á dar el consentimiento para el matrimonio.

al hab'ar de las facultades que por voluntad del testador ó por ministerio de la ley está llamado á desempeñar, es evidente que no debe concederse el desempeño de tal cargo sino á aquellas personas que por su edad, estado de juicio ó representación que en el seno de la familia tienen, reúnen condiciones, ó por lo menos hay que presumirlas, para creer que la representación que están llamadas á cumplir y las operaciones que en la herencia han de practicar serán llevadas á cabo con el debido acierto.

Clases de albaceas y formas en que pueden ser nombrados.—

Por modo bien expreso determina la Ley positiva (1) que el albacea puede ser universal ó particular, y que en caso de haber más de uno, pueden ser nombrados mancomunada, sucesiva ó solidariamente. Lo primero se refiere á la determinación de las clases de albaceas por razón de la extensión de las atribuciones que el testador les haya conferido, según que sean los llamados á cumplir todas las disposiciones ordenadas por éste en su testamento, ó solo hayan recibido del mismo facultades para intervenir en un punto ó cuestión especial de su testamentaria; y lo segundo hace referencia á la forma en que el testador los nombra, según que lo haga conjunta, sucesiva ó solidariamente.

Debe entenderse que los albaceas ó testamentarios están nombrados mancomunadamente, en el caso de que á todos los nombrados en general, les confiera el testador el encargo de cumplir su última disposición testamentaria: se entenderá que hay solidaridad en el nombramiento de albaceas, cuando el testador confiere poderes á todos y cada uno de ellos en particular: y se dirá, por último, que el nombramiento de albaceas es sucesivo, cuando éstos son designados por el testador en un determinado orden, expresando que solo por defecto de unos entrarán otros al desempeño del cargo.

Esta variedad de formas en el nombramiento de albaceas es consecuencia de la facultad que al testador concede el artículo 892 del Código Civil para nombrar más de uno; y es de suma importancia el fijar con toda precisión la forma en que se

(1) Art. 894 del Código Civil.

entienden nombrados, porque es el punto del cual hay que partir al determinar la eficacia de los actos realizados por dichos albaceas.

Dícese también que éstos pueden ser *testamentarios*, *legítimos y dativos*; según que sean designados por el testador, ó lo sean los mismos herederos, cuando por imposibilidad, renuncia, remoción ó no aceptación del nombrado por el testador, son aquellos los encargados de ejecutar la voluntad de éste, ó reciban nombramiento del Juez, en el caso á que se refiere el art. 966 de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil. (1)

A juicio nuestro, no puede admitirse que haya esa segunda clase de albaceas de que algunos hablan (los legítimos), porque en rigor de términos creemos que no puede llamarse *albacea* al heredero que es llamado á ejecutar la voluntad del testador, cuando el nombrado por éste no acepta el cargo, muere, se imposibilita, renuncia ó es removido; pues como algunos escritores dicen, es tan impropio llamar albacea al heredero, como llamar al dueño administrador.

Caracteres que en la actualidad tiene el cargo de albacea.—El cargo de albacea es por su propia naturaleza *personal*, *gratuito* y *voluntario*, pues que responde á la confianza que por sí mismo inspira al testador la persona á quien nombra por su albacea; no señala para él retribución alguna la ley, y sí establece el principio de que el albaceazgo es cargo voluntario.

Decimos que el cargo de albacea es personal, fundados en el precepto del art. 909 del Código Civil, que dice: «El albacea no podrá delegar el cargo si no tuviese expresa autorización del

(1) El mencionado artículo de la Ley procesal positiva, consignado en el tit. 9º del lib. II de la misma, referente á la prevención de los abintestatos, determina, entre otras cosas, que si resulta haber fallecido sin testar el sujeto cuyo abintestato se previene, y que tampoco tiene parientes de los expresados en el núm. 3º del art. 960 de la misma Ley (se refiere al cónyuge legítimo no divorciado legalmente y á los descendientes, ascendientes y colaterales dentro del cuarto grado), puede el Juez nombrar un albacea dativo que se encargue de disponer el entierro, exequias y todo lo demás que sea propio de este cargo con arreglo á las leyes,

testador.» Pero esto no quiere significar que el nombrado albacea no pueda designar Procurador ó persona que le represente, así como también Abogado que le dirija en asuntos que son ó pueden hacerse litigiosos, pues no puede negarse al testamenario lo que en este sentido le estaba permitido al testador ó causante de la herencia; además de que dicha intervención hay casos en que se presenta como necesaria, y siempre puede ser conveniente á los intereses de la testamentaría que representa.

Al decir la Ley civil positiva (1) que el cargo de albacea es gratuito, no prohíbe el que en algún caso pueda ser retribuido; sino que, por el contrario, establece que podrá el testador señalar á las albaceas la remuneración que tenga por conveniente, todo sin perjuicio del derecho que les asista para cobrar lo que les corresponda por los trabajos de partición ú otros facultativos, debiendo entenderse que cuando el testador lega ó señala *conjuntamente* á los albaceas alguna retribución, la parte de los que no admitan el cargo acrecerá á los que lo desempeñen.

La razón de esta disposición legal es bien sencilla, pues lógico y racional se presenta el hecho de que el que nombra albacea pueda señalar al que para tal cargo designa, la remuneración que estime conveniente, como libremente podría dejarle una manda; conceptos que en último término vienen á confundirse en la realidad de su significación, bien que en todo caso lo dejado al albacea tiene el carácter de legado remuneratorio, por lo cual se priva de la parte que pudiera corresponderle al albacea que no admite el cargo, pena que igualmente debe corresponder, á juicio nuestro, al que no lo admita ó sea removido por sospechoso; porque si lo dejado por tal consideración debe estimarse como una retribución que el mismo testador señala por los trabajos realizados en el albaceazgo, es evidente que tal retribución no debe alcanzar á aquél que no presta servicio alguno; como es no menos justo y equitativo que la porción vacante por el no desempeño del cargo acrezca á los demás albaceas, ya que ellos son los que realizan los servicios que el testador se propuso

(1) Art. 908 del Código Civil.

remunerar: tienen un aumento de trabajo y es lógico que en en igual proporción aumente la remuneración.

Por último, dicese por la legalidad vigente (1) que el cargo de albacea es voluntario, porque afectando á relaciones de orden puramente privado, no ha creído prudente el legislador imponer la obligación de la aceptación en todo caso, como sucede con otros cargos, tal como el de tutor, que solo permite excusarse de su desempeño en virtud de justas causas; porque si institución privada también, puede ya considerarse más ligada con el interés y las conveniencias sociales, y en tal sentido no debe quedar á la libre voluntad de los que tienen condiciones para dirigir la persona del menor y cuidar con acierto de sus intereses. El cargo de albacea puede renunciarlo cualquiera que sea nombrado; pero como no deben quedar abandonados los asuntos de la herencia de una manera indefinida, la ley ha marcado un plazo, pasado el cual se entenderá aceptado el cargo si el nombrado no se excusa. Este plazo es de seis días, siguientes al en que tenga noticia de su nombramiento, y si este le era ya conocido, se contará el término desde el día en que supo la muerte del testador.

Una vez aceptado el cargo por el albacea, se constituye en la obligación de desempeñarlo; pero lo podrá renunciar alegando causa justa al prudente arbitrio del Juez (2). Es decir, que después de la aceptación parece como que el carácter de *voluntario* que el cargo de albacea presenta, lo va perdiendo para convertirse en *obligatorio*, de cuya obligación solo puede relevarse en virtud de justa causa. Estas causas no dice la Ley positiva cuáles pueden ser, y ante su silencio han supuesto algunos que debe referirse el legislador á las causas por las cuales puede excusarse el tutor del ejercicio de la tutela; pero nosotros creemos que podrá ser cualquiera la causa, siempre que el Juez la estime justa, pues bien claramente se lee en la letra del artículo citado cómo queda al *prudente arbitrio* del Juez la apreciación de la justicia

(1) Art. 898 del Código Civil.

(2) Art. 899 de id. id.

de la causa alegada para renunciar el cargo de albacea que se comenzó á desempeñar.

La no aceptación del cargo de albacea, lo mismo que la renuncia sin justa causa, dan lugar á que el nombrado pierda lo que le hubiese dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere á la legítima. Y esto es así dicho por la Ley positiva (1), por presumirse que el testador hizo partícipe en los beneficios de su fortuna al que nombró albacea, bajo la condición de que cumpliera la misión ó encargo que encomendada le dejaba por el mero hecho de nombrarle ejecutor de su última disposición testamentaria, y si la condición no se cumple debe declararse el legado sin efectos. Pero como puede muy bien suceder que el albacea que no acepta ó renuncia el cargo sea á su vez heredero forzoso del testador que le confirió el nombramiento, la ley no podía llevar las consecuencias de su castigo hasta privar á aquél de sus derechos legitimarios, porque sabido es que si la voluntad del testador es ley de imperioso cumplimiento, es no menos cierto que tal carácter se le atribuye siempre en el supuesto de que no se oponga á lo preceptuado por las leyes ó al interés público ó de tercero, y por eso se dice, que dejando á salvo siempre el derecho que tuviere á la legítima; derecho que estimamos de tal preferencia, que aun sin esta aclaración creemos que nadie dudaría de que la privación de la legítima nunca podría tener lugar cuando el heredero forzoso que á su vez es nombrado albacea no acepta ó renuncia el cargo. Si lo contrario pudiera acontecer, quedaría quebrantado en su base el principio tradicional y hoy de carácter positivo, de que la legítima se debe sin gravamen ni condición alguna.

El precepto legal sobre el punto que venimos considerando, es, por lo expuesto, justo y equitativo, y además conforme con lo antes afirmado por la misma ley al hablar del modo cómo la legítima se debe; pero es déficiente, porque no comprende el caso de ser removido del cargo de albacea para declararlo incurso en la misma pena impuesta al que no acepta ó renuncia,

(1) Art. 900 del Código Civil.

con lo cual resulta de peor condición el que tuvo la sinceridad de no aceptar, que el que fué negligente ó malicioso; y como es racional presumir que esto no puede quererlo el legislador, entendemos que también el albacea, removido del cargo, pierde lo que el testador le hubiese dejado, salvando siempre su derecho de legítima.

Atribuciones que competen á los albaceas, y manera de desempeñar el cargo, según la forma de su nombramiento.—Como indicado tenemos, corresponden á los albaceas todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador, siempre que no sean contrarias á las leyes; y no habiendo determinado especialmente el testador cuáles sean esas facultades, correspóndeles tan solo las siguientes: 1^a Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador, con arreglo á lo dispuesto por él en el testamento y, en su defecto, según la costumbre del pueblo. 2^a Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero. 3^a Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás, ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él. 4^a Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes (1). 5^a Y tienen también facultades para vender bienes muebles de la testamentaria, si no hubiere en ella dinero bastante para el pago de funerales y legados, y los herederos no aprontaren de lo suyo; y si para esto no alcanzare el valor de los muebles, pueden acordar la venta de inmuebles, con intervención de los herederos. Cuando en la herencia estuviere interesado algún menor, ausente, corporación, ó establecimiento público, la venta de los bienes se hará con las formalidades prevenidas por las leyes para tales casos (2).

Dado el fin del albaceazgo, y puesto que el cargo de albacea es conferido por el testador en atención á la confianza que le inspira la persona que para tal efecto nombra, es justo que por la Ley positiva se diga que aquél puede conceder á los albaceas cuantas facultades tenga por conveniente, siempre que no sean con-

(1) Artículos 901 y 902 del Código Civil.

(2) Art. 903 de id. id.

trarias á las leyes. Solo en el caso de que el testador no haya señalado expresamente tales facultades, entra la ley á fijar las que corresponden á dichos albaceas ó testamentarios, reducidas, puede decirse, á actos de mera administración interina de la herencia, en representación del causante de esta, sin alcanzar sus atribuciones en este supuesto, á la división y adjudicación del haber hereditario, ni siquiera á formar el inventario de los bienes de la herencia; porque hay que suponer que le quedan prohibidos todos aquellos actos de los cuales no hablan especialmente los artículos citados.

El proyecto del Código Civil del año 1851, prohibía expresamente al albacea la facultad de hacer el inventario cuando tal atribución no le hubiere sido especialmente conferida por el testador; y por más que el vigente Código nada dice sobre el particular, nos hemos pronunciado por la negativa, en atención á creer que su silencio es debido á haber creído innecesario los modernos legisladores reproducir el precepto prohibitivo, después de haber señalado taxativamente las facultades que al albacea corresponden cuando no las fija el testador, pues es lógico deducir que ha querido negarle todas aquellas que no nombra. La facultad de hacer el inventario de los bienes hereditarios, es propia del que haya sido nombrado contador-partidor ó comisario, y en su defecto de los mismos herederos, bien que con la intervención en este caso del albacea, no expresamente autorizado por el testador para formarlo, siempre que así lo pretenda, para vigilar la ejecución de lo dispuesto en el testamento, y adoptar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, cuyas atribuciones le competen por ley, según indicamos anteriormente.

Preséntase por algunos tratadistas la cuestión de si podrán los albaceas concertar un préstamo para pago de funerales y legados cuando no hay dinero en la herencia ni lo aprontan de lo suyo los herederos.

Hay quien juzgando por lo que en este punto preceptuaba el Derecho histórico y confirmado tenía la Jurisprudencia, opina que los albaceas no tienen atribuciones para contraer un prés-

tamo con el objeto indicado, y creen que ahora como entonces solo pueden los testamentarios concertar obligaciones equivalentes á las ventas cuando expresamente hayan sido facultados para ello por el testador. Así dicen (fundados en la Sentencia de 11 de Mayo de 1871), si el testador hubiese dispuesto que sus albaceas vendiesen una casa de su propiedad y con sus productos pagasen los legados, es indudable que dichos albaceas están autorizados para hacer cuanto creyesen conducente al cumplimiento de la voluntad de aquél, y por tanto, para verificar un préstamo sobre la finca, si así lo estimaren indispensable al efecto indicado, por no ser posible la venta de la casa.

Los que así discurren, olvidan que la legalidad vigente en el punto controvertido ha ampliado no poco las atribuciones que los albaceas tenían según el Derecho civil antiguo, y no tienen presente que la facultad de enajenar, que antes solo correspondía á los cumplidores de la voluntad del testador, solo en el caso en que éste se la hubiera conferido expresamente, les corresponde hoy por la Ley civil positiva siempre que en la herencia no hubiere dinero bastante para el pago de funerales y legados, y los herederos no lo aprontaren de lo suyo; atribución legal que se extiende no solo sobre los bienes muebles, sino también sobre los inmuebles, cuando el importe de aquellos no bastase para cubrir tales atenciones, bien que dando intervención á los herederos: y aun estando interesados en la herencia menores, ausentes, corporación ó establecimiento público, puede efectuarse la venta cumpliendo las demás formalidades que las leyes determinan. Si, pues, los albaceas pueden vender, que es lo más, sobrada razón hay para creer que pueden concertar préstamos con el objeto indicado, que es lo menos, si es que no hemos de desconocer el principio lógico de interpretación, que supone concedido *lo menos* á aquél que le está concedido *lo más*.

Por lo que se refiere al modo cómo los albaceas pueden desempeñar el cargo y valor legal que tienen las operaciones que realizan, hay que tener en cuenta la forma de su nombramiento. Si este fuere *mancomunado*, solo valdrá lo que todos hagan de

consuno, ó lo que haga uno de ellos legalmente autorizado por los demás, ó lo que, en caso de discordancia, acuerde el mayor número (1). Pero en los casos de suma urgencia podrá cada uno de los albaceas mancomunados practicar, bajo su responsabilidad personal, los actos que fueren necesarios, dando cuenta inmediatamente á los demás (2).

En los dos transcriptos preceptos se dan las reglas completas según las cuales debe desempeñarse el cargo de albacea cuando sean dos ó más los nombradas y su nombramiento se haya hecho en forma mancomunada; y al propio tiempo se fija el criterio conforme el cual han de resolverse las cuestiones cuando entre los albaceas haya disidencia en los acuerdos, pues al decir que en caso de disidencia se estará á lo que acuerde el mayor número, paladinamente se significa, que la mayoría de votos es suficiente para tomar acuerdos definitivos por los albaceas, no siendo preciso que en todo caso exista unanimidad.

Debe también admitirse, como resuelto tenía la Jurisprudencia anterior al Código Civil, que cuando se nombran varios albaceas, confiriendo á todos facultad para cumplir el testamento sin hacerlo á cada uno de ellos *in solidum*, no debe entenderse por esto que si la mayor parte de dichos albaceas no quisieren ó no pudieren desempeñar el albaceazgo, dejará de hacerlo el que puede, por más que no fueren nombrados *in solidum*, puesto que esta cláusula, más que para privar al que no la tenga de la facultad de obrar por sí solo en el cumplimiento de su encargo, cuando sus compañeros se hallen incapacitados ó no quisieren desempeñarlo, tiene por objeto autorizar al que primero intervenga en la testamentaría, para continuarla hasta su terminación, sin la concurrencia de los demás nombrados (3).

Si los nombrados albaceas lo hubieran sido *sucesivamente*, hay que suponer, ante el silencio de la Ley positiva en este punto, que entrarán al desempeño del cargo unos en defecto de otros, siempre por el orden en que el testador los haya designa-

(1) Art. 895 del Código Civil.

(2) Art. 896 de id. id.

(3) Sent. del Tribunal Supremo de 18 de Marzo de 1865.

do, cuando los anteriormente nombrados no llegan á posesionarse del cargo por no poder ó no querer; debiendo entenderse que los llamados en segundo ó ulterior lugar desempeñarán el cargo *mancomunada ó solidariamente*, según fuere voluntad del testador, y en su defecto, según la forma en que hubieran sido llamados aquellos á quienes sustituyen por impotencia ó noluntad (1).

En el caso en que haya dos ó más albaceas y el nombramiento tenga el carácter de *solidario*, cada uno de ellos podrá hacer lo que sea conducente al cumplimiento de la voluntad del testador. Pero hay que advertir que la *solidaridad* no se presume en ningún caso, sino que ha de establecerse claramente por el testador, del mismo modo que ha de fijar el orden en que han de entrar á desempeñar el cargo cuando el nombramiento es *sucesivo*, pues de lo contrario, se entenderán siempre nombrados *mancomunadamente*.

Plazo en que ha de desempeñar su cometido el albacea.—Por el respeto que á la voluntad del testador se debe, establécese en la Ley positiva que el albacea deberá cumplir su encargo en el plazo que aquél le haya fijado, y si no le señaló término, deberá cumplirlo dentro de un año, contado desde la aceptación, ó desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez ó nulidad del testamento ó de alguna de sus disposiciones (2). Es decir, que solo en defecto de disposición por parte del testador regirá la declaración legal de que el albacea debe desempeñar su cargo en el término de un año; plazo que no tiene el carácter de improrrogable, sino que, por el contrario, puede prorrogarlo el mismo testador, señalando expresamente el tiempo porque lo prorroga, entendiendo que si no lo expresa se tendrá por prorrogado un año. Y si trascurrida esta prórroga no se hubiese todavía cumplido la voluntad del testador, podrá el Juez conceder otra por el tiempo que fuere necesario, atendidas las circunstancias del

(1) De las anteriores indicaciones se deduce, que la *sucesividad* en los llamamientos de albaceas no determina una nueva especie ó clase de éstos con relación á los designados *mancomunada ó solidariamente*, sino que es más bien una modalidad de estas especies.

(2) Art. 904 del Código Civil.

caso. Y pueden, por último, los herederos y legatarios, de común acuerdo, prorrogar el plazo del albaceazgo por el tiempo que crean necesario; pero si el acuerdo fuese solo por mayoría, la prórroga no podrá exceder de un año (1).

Toda la doctrina expuesta, respecto al plazo en que el albacea ó albaceas han de desempeñar su cometido, es reproducción casi exacta de la que establecida tenía el Derecho histórico y la Jurisprudencia había confirmado. La ley VI, tít. 10 de la Partida VI, determinaba que los albaceas cumplieran su cargo *lo más agna que pudieren, sin alongamiento é sin escatima alguna... á lo más tarde fasta un año despues de la muerte del testador*; y el Tribunal Supremo tenía dicho (2) que la mencionada Ley no podía aplicarse al caso en que el destino de la herencia y otras circunstancias especiales de la testamentaria, hicieran materialmente imposible su terminación en dicho plazo. Vemos, pues, que la única diferencia entre las doctrinas que regían antes de la publicación del Código y las por este establecidas, es la referente al modo de contar el plazo: el Derecho antiguo le hacía arrancar desde la muerte del testador, en tanto que el vigente preceptúa que se cuente desde la aceptación del cargo.

A quién y cómo deben rendir cuentas los albaceas.—Como lógica consecuencia del carácter que el cargo de albacea presenta, impónese á éstos la obligación legal de haber de dar cuenta de su cargo á los herederos. Y cuando la designación de albaceas se hubiera hecho, no para entregar los bienes á herederos determinados, sino para darles la inversión ó distribución que el testador hubiere dispuesto en los casos permitidos por derecho, rendirán sus cuentas al Juez (3).

Es tan racional y sencillo este doble precepto de la Ley positiva, que no necesita explicación alguna, pues es justo y equitativo que la cuenta se rinda en el primer caso á los herederos, porque son los únicos interesados en conocer si se cumplió ó no

(1) Art. 906 del Código Civil.

(2) Sent. de 26 de Noviembre de 1861.

(3) Art. 907 del Código Civil.

fielmente la voluntad del testador; así como también que en el segundo supuesto sea la autoridad judicial la encargada de recibir esas cuentas, ya que á ella está encomendada la alta misión de hacer que las leyes se cumplan, y como ley es estimada la voluntad del hombre manifestada en testamento.

La obligación de rendir cuentas que los albaceas tienen, se considera de tal modo necesaria por la ley, que esta declara nula toda disposición contraria del testador: sin duda porque si otra cosa admitiera, la arbitrariedad con que en algunos casos procederían los albaceas podría dar lugar á perjudicar los derechos legítimos de los instituidos herederos, y hasta que no quedara fielmente cumplida la voluntad del testador; cosas ambas que deben evitarse, y para ello nada más eficaz que los albaceas sepan que tienen que dar cuenta de su gestión, y que contra ella pueden entablar reclamación los que se crean perjudicados.

Causas por las cuales termina el albaceazgo.—El artículo 910 del Código Civil, consigna expresamente las causas por las cuales termina el albaceazgo, y señala como tales la muerte, la imposibilidad, renuncia ó remoción del albacea, y el lapso del término fijado por el testador, por la ley, y en su caso, por los interesados (1).

Es tan terminante y categórico el señalamiento que la Ley positiva hace de las causas que pueden motivar la terminación del cargo de albacea, que solo es posible aceptar aquellas y no otras, como suficientes á determinar la conclusión del albaceazgo; y por ello hemos de concretar nuestras observaciones en este punto, á hacer notar lo deficiente que la ley se presenta, al no indicar las causas que pueden dar lugar á la remoción del albacea. Solo de un modo implícito señala el vigente Código una causa de remoción: el haber dejado el albacea pasar el término del albaceazgo sin cumplir su cometido.

(1) Aunque la ley no lo expresa, creemos que el albaceazgo termina también por el lapso del término que el Juez hubiera fijado, en los casos en que con arreglo á derecho puede prorrogar el plazo.

Ante este silencio de la Ley positiva, hay quien cree que dentro de la misma no hay términos hábiles para poder conseguir la remoción del albacea por otra causa que no sea la indicada. Sin embargo, es racional pensar, dado el fin del albaceazgo, que el albacea puede ser removido por cualquiera otra causa estimada como justa, según el prudente arbitrio de los Tribunales, porque es absurdo admitir, como algunos quieren, que los herederos y los interesados todos en el cumplimiento de un testamento, habrán de esperar pacientemente, aun en los casos más extremos de incuria y abandono de un albacea, á que trascurra el tiempo legal para que expiren sus poderes. Por otra parte, según los términos de expresión de la misma ley, hay que convenir en que una cosa es la remoción y otra el lapso del término, como causas porque el albaceazgo termina: lo que ha faltado es que el legislador hubiera dicho cuáles son esas causas de remoción; pero este silencio ya decimos cómo debe suplirse.

Legislación feral sobre el albaceazgo

Solo Cataluña y Aragón presentan alguna especialidad, bien pocas por cierto, con relación al derecho de Castilla, en lo referente á la institución de los albaceas.

Cataluña.—Tienen capacidad para ser albaceas todos los mayores de 17 años, sin distinción de sexo, y hasta los clérigos y religiosos profesos, con autorización de sus superiores.

El no cumplimiento del cargo por el albacea que el testador nombra, determina la pérdida de lo que éste le hubiese dejado en su testamento, salvo su derecho de legítima.

El albacea en Cataluña representa en todo al heredero y puede ejercitar las acciones que á éste competen.

Cuando es la heredera el alma, los pobres ó algún lugar pío, el albacea debe rendir cuentas al Obispo, por tener la jurisdicción

eclesiástica derecho á intervenir en el cumplimiento de las mandadas piadosas.

Los albaceas, que por razón de las funciones que están llamados á cumplir pueden ser universales y particulares, lo mismo que en Castilla, tienen derecho á una remuneración cuyo importe varía, ascendiendo de ordinario al 10 por 100 del importe líquido de lo administrado; excepción hecha de la Diócesis de Vich, que es el 5 por 100, sin que nunca pueda exceder de 30 libras.

Aragón.—Escasas son, por no decir nulas, las diferencias que separan al derecho aragonés del de Castilla, en punto á la institución del albaceazgo. En ambos territorios tiene el cargo de albacea el carácter de voluntario, convirtiéndose en obligatorio una vez aceptado, pero excusable siempre en virtud de justa causa debidamente probada.

Por razón de las funciones que en Aragón están llamados á desempeñar los albaceas, dicese que el albaceazgo puede ser universal, singular y mixto, cuyos nombres indican bastante para deducir á qué clase de atribuciones responde cada uno, sin que por ello necesiten explicación.

Cualquier pariente del testador podrá ser nombrado albacea, si lo pretende, y siempre que preste fianza, cuando por muerte ó ausencia del albacea nombrado no pudiese tener cumplimiento la voluntad del testador.

El albacea no tiene derecho á retribución en Aragón, excepto en el caso en que el testador la hubiere señalado, ó cuando se trate de una testamentaría de importancia.

DOCTRINA LEGAL

Art. 892 El testador podrá nombrar uno ó más albaceas.

Art. 893 No podrá ser albacea el que no tenga capacidad para obligarse.

La mujer casada podrá serlo con licencia de su marido, que no será necesaria cuando esté separada legalmente de él.

El menor no podrá serlo, ni aun con la autorización del padre ó del tutor.

Art. 894 El albacea puede ser universal ó particular.

En todo caso, los albaceas podrán ser nombrados mancomunada, sucesiva ó solidariamente.

Art. 895 Cuando los albaceas fueren mancomunados, solo valdrá lo que todos hagan de consuno, ó lo que haga uno de ellos legalmente autorizado por los demás, ó lo que, en caso de disidencia, acuerde el mayor número.

Art. 896 En los casos de suma urgencia podrá uno de los albaceas mancomunados, practicar, bajo su responsabilidad personal, los actos que fueren necesarios, dando cuenta inmediatamente á los demás.

Art. 897 Si el testador no establece claramente la solidaridad de los albaceas, ni fija el orden en que deben desempeñar su encargo, se entenderán nombrados mancomunadamente y desempeñarán el cargo como previenen los dos artículos anteriores.

Art. 898 El albaceazgo es cargo voluntario, y

se entenderá aceptado por el nombrado para desempeñarlo si no se excusa dentro de los seis días siguientes á aquel en que tenga noticia de su nombramiento, ó, si este le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al en que supo la muerte del testador.

Art. 899 El albacea que acepta este cargo se constituye en la obligación de desempeñarlo, pero lo podrá renunciar alegando causa justa, al prudente arbitrio del Juez.

Art. 900 El albacea que no acepte el cargo, ó lo renuncie sin justa causa, perderá lo que le hubiese dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere á la legítima.

Art. 901 Los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador, y no sean contrarias á las leyes.

Art. 902 No habiendo el testador determinado especialmente las facultades de los albaceas tendrán las siguientes:

1^a Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo á lo dispuesto por él en el testamento; y, en su defecto, según la costumbre del pueblo.

2^a Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero.

3^a Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él.

4^a Tomar las precauciones necesarias para la

conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes.

Art. 903 Si no hubiere en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados, y los herederos no lo aprontaren de lo suyo, promoverán los albaceas la venta de los bienes muebles; y, no alcanzando estos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos.

Si estuviere interesado en la herencia algún menor, ausente, corporación ó establecimiento público, la venta de los bienes se hará con las formalidades prevenidas por las leyes para tales casos.

Art. 904 El albacea, á quien el testador no haya fijado plazo, deberá cumplir su encargo dentro de un año contado desde su aceptación, ó desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez ó nulidad del testamento ó de alguna de sus disposiciones.

Art. 905 Si el testador quisiere ampliar el plazo legal, deberá señalar expresamente el de la prórroga. Si no lo hubiese señalado, se entenderá prorrogado el plazo por un año.

Si, transcurrida esta prórroga, no se hubiese todavía cumplido la voluntad del testador, podrá el Juez conceder otra por el tiempo que fuere necesario, atendidas las circunstancias del caso.

Art. 906 Los herederos y legatarios podrán, de común acuerdo, prorrogar el plazo del albaceazgo por el tiempo que crean necesario; pero, si el acuerdo fuese solo por mayoría, la prórroga no podrá exceder de un año.

Art. 907 Los albaceas deberán dar cuenta de su encargo á los herederos.

Si hubieren sido nombrados, no para entregar los bienes á herederos determinados, sino para darles la inversión ó distribución que el testador hubiese dispuesto en los casos permitidos por derecho, rendirán sus cuentas al Juez.

Toda disposición del testador contraria á este artículo será nula.

Art. 908 El albaceazgo es cargo gratuito. Podrá, sin embargo, el testador señalar á los albaceas la remuneración que tenga por conveniente; todo sin perjuicio del derecho que les asista para cobrar lo que les corresponda por los trabajos de partición ú otros facultativos.

Si el testador lega ó señala conjuntamente á los albaceas alguna retribución, la parte de los que no admitan el cargo acrecerá á los que lo desempeñen.

Art. 909 El albacea no podrá delegar el cargo si no tuviese expresa autorización del testador.

Art. 910 Termina el albaceazgo por la muerte, imposibilidad, renuncia ó remoción del albacea, y por el lapso del término señalado por el testador, por la ley y, en su caso, por los interesados.

Art. 911 En los casos del artículo anterior, y en el de no haber el albacea aceptado el cargo, corresponderá á los herederos la ejecución de la voluntad del testador.

APLICACION PRACTICA

El nombramiento de albaceas solidarios, no supone que también tengan este carácter los contadores cuando no se les confiere expresamente, sino que, por el contrario, se les nombra para desempeñar el cargo *juntamente*, caso en el cual la renuncia de una de las personas nombradas impide á la otra el ejercicio del cargo. (Sent. de 1º de Diciembre de 1891).

Los albaceas representan, conforme á las leyes inglesas, y por lo que se refiere á los bienes muebles ó personales, la persona del difunto, y tienen por ello personalidad en España para reclamar el dinero procedente de una indemnización que se halle en poder de un español. (Sent. de 26 de Mayo de 1887).

La declaración que el testador hace, de no haber tenido bienes gananciales en su matrimonio, no puede perjudicar al cónyuge sobreviviente, ni á ella han de atenderse los albaceas, que solo vienen obligados á cumplir la voluntad del testador, en cuanto las disposiciones de éste se conformen con las leyes y no lesionen el derecho de un tercero. (Sent. de 18 de Octubre de 1890).

El encargo que el testador hace á dos ó más personas para que á su muerte distribuyan sus bienes con arreglo á las instrucciones verbales que les haya dado, no entraña una verdadera institución de heredero, sino el carácter de meros ejecutores testamentarios. (Sent. de 22 de Mayo de 1894).

Recibidos por el heredero los bienes muebles de la herencia, é inscriptos á su nombre los inmuebles, el albacea carece ya de personalidad para representar la herencia, y todas las acciones que contra la misma hayan de ejercitarse se dirigirán contra el heredero, por ser el sucesor de todos los derechos y obligaciones del difunto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 661 del Código Civil. (Sent. de 6 de Diciembre de 1895).

Los albaceas, contadores-partidores, tienen el carácter de

mandatarios del testador y no de los herederos, y la oposición de éstos á los actos de aquellos, ni les priva de las facultades conferidas y aceptadas, ni del derecho á ser reintegrados de los gastos ocasionados por el mandato, cuando no se han extralimitado en sus facultades. (Sent. de 4 de Julio de 1895).

Los albaceas testamentarios no tienen más facultades que las expresamente conferidas por el testador, y en su defecto, las generales taxativamente enumeradas en los artículos 902 y 903 del Código Civil, y no hallándose comprendida entre unas ni otras la de vender bienes muebles, deben ser los herederos los que otorguen la escritura de los bienes inmuebles que se hubieran vendido, para que sea inscribible. (Res. de 21 de Julio de 1895).

Para calificar la capacidad de los albaceas ha de tenerse en cuenta primeramente lo dispuesto de un modo expreso por el testador, y en su defecto lo que preceptúa el art. 902 del Código Civil, y no hallándose comprendida entre las facultades que el testador y el Código le confiere, la de vender, aunque sea para pagar deudas, es evidente que no tienen capacidad para enajenar. (Res. de 7 de Abril de 1896) (1).

El albacea autorizado por el testador para vender bienes inmuebles para el pago de deudas, puede realizar dicha venta sin intervención de los herederos, siempre que acredite que la venta se realiza con dicho objeto, en cuyo caso la escritura es inscribible. (Res. de 10 de Mayo de 1890).

Muerto el albacea testamentario corresponde á los herederos instituidos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 911 del Código Civil, la facultad de ejecutar la voluntad del testador y nunca á los albaceas dativos. (Res. de 2 de Enero de 1893).

El simple nombramiento de albacea testamentario no confiere derecho para practicar la división de la herencia, si especialmente no le hubiere comisionado para ello el testador; pero

(1) Creemos que esta *Resolución* y la anterior son improcedentes, porque no es exacto que el art. 903 no faculte á los albaceas para la venta de bienes inmuebles. Basta leerlo para convencerse de lo contrario.

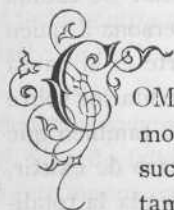
si la practica y es después aprobada y ratificada por todos los interesados en ella, desaparece el defecto, pues esa ratificación equivale á la práctica de las operaciones por los mismos interesados. Y si hay algún menor entre los herederos, no representado en la división de bienes por su padre ó madre, es necesaria la aprobación judicial de las particiones. (Res. de 18 de Diciembre de 1893).



CAPITULO XXV

De la sucesión intestada

ESTUDIO DE LAS DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LA SUCESIÓN
ABINTESTATO



COMO una nueva *sección* de nuestro estudio, comenzamos en el presente Capítulo el examen de la llamada sucesión hereditaria intestada ó abintestato, á que también se dá el nombre de *sucesión legitima*, en consideración á ser deferida por propio ministerio de la Ley civil positiva, sin que para nada intervenga la voluntad del causante de la herencia. Y estudiaremos en él aquellos principios generales, aplicables algunos de ellos también á la sucesión abintestato, reservando para el siguiente la materia referente al modo y orden como la ley llama en esta clase de sucesión al disfrute de los derechos hereditarios.

Idea general de la sucesión intestada.—Consignado dejamos en el capítulo IV que son dos los modos de constituirse la sucesión hereditaria: por voluntad del hombre ó por ministerio de la ley; afirmación deducida de lo que expresamente se dice en el artículo 658 del vigente Código Civil, según el cual «la sucesión se defiere por voluntad del hombre manifestada en testamento, y, á fal-

ta de este, por disposición de la Ley. La primera se llama testamentaria y la segunda legítima».

Estos datos de referenciã nos prestan los elementos necesarios para formar la idea ó concepto general de lo que es la sucesión intestada, legítima ó abintestato; y así diremos que tal sucesión es: *la sustitución, por fallecimiento, de una personalidad jurídica por otra, á cuya representación es llamada esta por propio ministerio de la ley, en defecto de sucesores testamentarios* (1)

Condiciones necesarias para que tenga lugar la sucesión intestada.—De este concepto general de la sucesión hereditaria intestada se deduce, que para que tenga lugar, se requiere que haya ocurrido el fallecimiento de la persona á quien se sucede, y que tal suceso tenga efecto sin haber ésta dejado disposición alguna testamentaria, que sea válida, ó que teniéndola, no contenga designación de heredero, ó aun conteniéndola, que no lo sea para la totalidad de los derechos que integran la herencia. Se estima como condición necesaria el fallecimiento de la persona á quien se sucede, porque como es sabido, solo la muerte es la causa ocasional que hace que se adquieran derechos hereditarios sobre el patrimonio de la persona fallecida; y requiérese también que no haya disposición testamentaria válida, ó que caso de existir, no contenga llamamiento de heredero ó no comprenda la totalidad de la herencia, porque igualmente es sabido, que en materia de sucesiones hereditarias, la voluntad del testador es la ley á que primeramente debe atenderse, cuando no es contraria á derecho ni perjudica los intereses de tercero. Así viene á signi-

(1) Como fácilmente puede observar el discreto lector, hacemos arrancar el concepto de la *sucesión intestada* de aquel otro que en el Capítulo IV dimos de la *sucesión hereditaria en general*: esta, forma como el género de que aquella es especie, lo mismo que la *sucesión testamentaria* y por ello, de igual modo que cuando definíamos la especie de sucesión últimamente citada, tomamos los términos ó notas comunes á la sucesión hereditaria en general, añadiéndole los que son peculiares y exclusivos de la sucesión intestada: ser llamada la persona sucesora por propio ministerio de la ley.

ficarlo el mismo Código Civil, al decir en su art. 913: «A falta de herederos testamentarios, la ley defiende la herencia, según las reglas que se expresarán, á los parientes legítimos y naturales del difunto, al viudo ó viuda y al Estado.»

La misma Ley positiva (1) es la encargada de decirnos cuándo se entiende que no hay disposición testamentaria; esto es, cuándo existe la condición estimada en segundo lugar como necesaria para que pueda tener efecto la sucesión abintestato; y no hace lo mismo por lo que respecta al hecho necesario de la muerte, por no ser asunto propio de su dominio, y solo, sí, lo estima como supuesto necesario, del cual parte, cuya prueba corresponderá en todo caso al que afirme que ha tenido lugar el fallecimiento de la persona cuya herencia reclama. Según lo preceptuado por la ley á que aludimos, se estima que no hay disposición testamentaria, y tiene lugar, por consiguiente, la sucesión legítima: 1º Cuando uno muere sin testamento, ó con testamento nulo, ó que haya perdido después su validez. 2º Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo ó en parte de los bienes, ó no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto. 3º Cuando falta la condición puesta á la institución de heredero, ó éste muere antes que el testador, ó repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer. 4º Cuando el heredero instituido es incapaz de suceder (2).

En realidad, compréndese en el preinserto artículo todos aquellos casos en que para la totalidad ó parte solo de la herencia tiene lugar la sucesión intestada, y bajo este punto de vista nada tenemos que observar á lo preceptuado por el legislador; pero en cambio hay que hacer notar que fuera del caso com-

(1) Art. 912 del Código Civil.

(2) Recuérdese para los efectos de este último número, lo dicho en el Capítulo IV, sobre capacidad para suceder, pues las doctrinas allí explicadas, son comunes á la sucesión testada y á la intestada, por cuya razón creemos que huelga lo dicho en el artículo 914 del Código Civil.

prendido en el número 1º de los mencionados, no puede decirse con propiedad que no hay disposición testamentaria, y por tanto que muere *intestada* una persona, pues en todos los demás existe testamento con verdaderos efectos legales, y lo único que sucede es, que por no haber heredero instituido ó resultar incapaz, ó no haberlo para toda la herencia, se abre una sucesión cuyo nombre más propio es el de *legítima*; extendiéndose en el último supuesto á la parte de bienes de que el testador no hubiese dispuesto, porque solo para ella falta disposición testamentaria, á la cual suple la legítima, y coexiste con ella desde que fué un hecho la derogación del principio de *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*.

Dentro, pues, de las condiciones indicadas y en cualquiera de los casos mencionados, puede tener de hecho lugar la sucesión hereditaria á que propiamente hablando debemos llamar *legítima*, y no *intestada*, como le llama la legalidad vigente. Y sus efectos más principales, comunes con la sucesión que se funda en un testamento, consisten en la adquisición de todos los derechos activos y pasivos que correspondían al fallecido y tengan la condición de transmisibles; derechos que también en la sucesión de que ahora hablamos nacen desde el momento que ocurre la muerte del causante de ellos, esto es, de la persona á quien se sucede, á la cual viene á representarse, pudiendo entablar las reclamaciones que esta pudiera dirigir á sus obligados, bien que probando en todo caso su condición de heredero; como asimismo deberá cumplir las cargas ú obligaciones que sobre aquel pesaren, debiendo cumplirlas todas aunque excedan del valor de la herencia si no la ha recibido á beneficio de inventario.

Fundamento racional de la sucesión abintestato.—La sucesión abintestato ó legítima, como una especie que es de la sucesión hereditaria en general, reconoce el mismo fundamento que en su lugar correspondiente (1) asignamos á esta última; pero además de este fundamento de referencia, á que bien podemos dar el nombre de mediato, tiene la sucesión legítima otro inmediato, si-

(1) Cap. IV de esta misma obra.

quiera haya que reconocer que la opinión no es unánime al tratar de señalar en concreto cuál sea este.

Hay quien opina que la sucesión abintestato se defiere á los hijos como compensación de la servidumbre en que han vivido bajo la patria potestad. Otros creen que tal derecho se deriva del deber que tienen los padres de procurar á sus hijos medios de subsistencia; deber que hay que considerar extendido por los diversos órdenes de individuos que componen la familia, tomada esta palabra en su amplio sentido, y de aquí que comprenda otros llamamientos que el de los descendientes en primer grado. Y otros, por fin, entienden, que la sucesión intestada se funda en la presunta voluntad del causante de la herencia, del propio modo que la testada se basa en la voluntad expresa de aquél á quien se sucede.

La primera de las opiniones indicadas nos parece de todo punto inaceptable y absurda, siendo como acertadamente dice el señor Gutiérrez, una explicación injuriosa á la autoridad del padre que habrían rechazado hasta los romanos, no obstante haber organizado la familia sobre la base de la servidumbre. Además, creemos nosotros, que aun en la hipótesis de que pudiera estimarse como doctrina racional la sustentada por dicha opinión, siempre resultaría que era impropia para explicar la forma especial de suceder abintestato, y á lo sumo podría admitirse para explicar la sucesión hereditaria en general.

La opinión citada en segundo lugar, nos parece más racional, considerada en sí misma; pero adolece, á juicio nuestro, del mismo defecto que la anterior, en cuanto que no es de especial aplicación á la sucesión legítima, por ser de igual modo aplicable á la sucesión en general, y en especial á la testamentaria, como en su lugar correspondiente explicamos: es, pues, esta teoría más aceptable, en principio, que la anterior, pero incompleta.

Para nosotros, aceptando que la sucesión legítima no puede hallar una justificación firme y concluyente si su fundamento no se hace arrancar del asignado á la sucesión hereditaria en general, y comprendiendo por otra parte que si en concreto considerada se funda en los preceptos del legislador, éste ha consultado

el orden y el curso de las afecciones humanas al tratar de hacer los llamamientos para la clase de sucesión que venimos considerando, entendemos que el fundamento de la sucesión legítima, intestada ó abintestato, que tanto significa uno como otro nombre, no puede buscarse fuera de los deberes familiares originados por los vínculos de la sangre, y en el mandato expreso del legislador, como causa concreta, que explicándose esos mismos deberes por el curso ordinario de las afecciones humanas, viene á suplir el descuido ó abandono del hombre que no hace uso de la facultad que le es propia, de disponer de sus bienes por testamento; como también viene á suplir en parte la facultad de determinación de esa misma voluntad humana, en cuanto á otros asuntos de familia, como es, por ejemplo, la designación de las personas llamadas á la guarda del menor ó incapacitado y á la administración de sus bienes, cuando nada de esto decidieron los que pudieron hacerlo mediante una disposición testamentaria.

Lo dicho significa, que tampoco admitimos como suficiente á explicar el fundamento de la sucesión legítima, la presunta voluntad del testador, por no poder estimar como rigurosamente exacto, que el legislador al hacer los llamamientos designe para la herencia á aquellas personas que el intestado hubiera llamado. No es verdad que la ley sigue las inspiraciones y deseos presuntos de aquél cuya es la herencia, pues gran número de veces, por no decir la inmensa mayoría, serán llamadas á la herencia aquellas personas que no hubieran merecido tal distinción por parte del intestado, si éste hubiera manifestado oportunamente su última voluntad; sobre todo, en aquellos casos en que la ley dá el carácter de herederos abintestato á aquellos que no lo son forzoso, y aun con relación á los que también tienen esta consideración, quizá que no los llamara para el disfrute de la totalidad de los derechos hereditarios como la ley hace. Eso de que la ley funda sus llamamientos á la herencia intestada solo en la presunta voluntad del testador, es, por consiguiente, una doctrina que no podemos admitir como más exacta que las anteriores, no obstante la respetabilidad de los muchos tratadistas que la suscriben.

Consideraciones históricas acerca de la sucesión legítima ó intestada.—La sucesión legítima ha sido estudiada por todos los pueblos que han admitido el principio de que las relaciones del hombre con la propiedad no quedan rotas por la muerte de aquél, sino que respondiendo á necesidades familiares, corresponde á los individuos de esa misma familia un derecho preferente al disfrute de los bienes, no debiendo por ello pasar á ser cosa *nullius* á la muerte de cada uno de los tenedores directos de los mismos.

Pero no solo ha existido la sucesión abintestato en todas las sociedades, una vez que se formaron acabado concepto del derecho de propiedad, sino que podemos asegurar, sin temor á ser desmentidos, que la sucesión intestada ó legítima ha sido anterior en el orden del tiempo á la testamentaria; afirmación fácil de probar con solo recordar lo ocurrido en los diversos momentos de nuestra historia legal. Así dice un eminente escritor (1), que la ley común que prescribía el orden de las sucesiones en Roma y señalaba el derecho de cada ciudadano, debió ser anterior á las leyes que reconocieron el derecho de testar, como regla más conforme con la testamentifacción, con las creencias religiosas y las costumbres primitivas de la raza indo-europea. La facultad de invertir este orden—sigue diciendo el reputado autor citado—ó de proveer en raros casos á la falta de todo heredero *legítimo* por medio del testamento, hubo de ser, pues, una excepción adoptada posteriormente, cuando modificadas las prácticas religiosas empezó á prevalecer el interés individual sobre el colectivo de familia. No era el testamento la regla común, y el orden de sucesión legal la excepción ó lo supletorio, como creyeron los juriscultos modernos, que lo contrario es lo que se observa en el modo de aparecer en las sociedades primitivas aquellas instituciones del Derecho civil.

El mismo fenómeno se observa en el pueblo germánico, más acentuado todavía, desde el momento en que la transmisión

(1) D. Francisco de Cárdenas en su libro *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*.

de los bienes por herencia testada supone cierto grado de ilustración y adelanto en materias jurídicas, de que, seguramente, carecía tal pueblo en un principio.

Igual deducción puede hacerse estudiando las relaciones del hombre con la propiedad en todas las sociedades nacientes, pues la sucesión abintestato, respondiendo á los fines de toda sucesión hereditaria, y no necesitando su ejercicio estudio tan completo de fórmulas apriorísticas, conforma mejor con el modo de ser de tales sociedades, abandonando la suerte de los bienes al orden general establecido para la sucesión familiar.

Pero si el orden en que en el tiempo se han presentado las sucesiones legítima y la testamentaria es el que dejamos indicado, también es cierto que una vez estudiadas y convenidas las fórmulas para la transmisión voluntaria de los bienes por causa de muerte, ha obtenido en todos los pueblos y en todos los tiempos gran preferencia la llamada sucesión testamentaria, siempre que la voluntad del testador no se oponga á los dictados de la Ley positiva ni á los intereses públicos ni de tercero; y por eso se dice, no sin razón en este sentido, que la sucesión legítima ó intestada es supletoria de la que tiene lugar en virtud de testamento (1).

Estudio del parentesco como precedente necesario para determinar la preferencia en la sucesión legítima: idea general del mismo y sus clases.—Si nuestra legalidad vigente funda en las relaciones familiares los llamamientos que hace para la sucesión intestada, excepción del hecho á favor del Estado, y á partir de este punto determina preferencias según la clase de que sea el parentesco y el grado de este en cuya relación se hallan los que se creen con derecho á la herencia y aquél que la causa, preséntasenos como necesario el estudio previo de todas aquellas cuestiones que afectan á la determinación de esas mismas relaciones familiares, y

(1) Hemos dado á estas consideraciones históricas el carácter de *generales*, sin decir nada del orden de llamamientos que el Derecho histórico señalaba para la sucesión abintestato, porque de ello hemos de ocuparnos con mayor oportunidad en el Capítulo siguiente.

orden y graduación que en ellas se distinguen, y al efecto comenzaremos por fijar el concepto del parentesco y explicar las clases varias que del mismo existen.

Entiéndese por parentesco, la relación motivada por los vínculos de la sangre entre personas que proceden de un mismo tronco.

Dividese primeramente el parentesco, por razón de la causa que lo motiva, en parentesco por consanguinidad y parentesco por afinidad, según que nazca de la generación ó del matrimonio; pero nosotros prescindimos de este último, según se deduce del concepto que antecede, porque ningún efecto produce en lo que se refiere á la sucesión hereditaria intestada, habiendo de concretar nuestras consideraciones al llamado parentesco por consanguinidad.

Para los fines que á nosotros nos importa considerar, podemos distinguir el parentesco en directo y colateral, comprendiendo en el primero á los parientes llamados descendientes y ascendientes y en el segundo á los colaterales, cuyos conceptos explicaremos á continuación, cuando hablemos de la diversidad de líneas. También es pertinente á nuestro propósito la división del parentesco en legítimo é ilegítimo y de doble y sencillo vínculo (1).

Grados y líneas: qué son y cómo se computan aquellos por Derecho civil y canónico.—Llámase *grado* en el parentesco, á cada una de las generaciones que median entre dos personas relacio-

(1) Se dice que el parentesco es legítimo, cuando es nacido de relaciones naturales legalmente sancionadas por el matrimonio, é ilegítimo, el que es originado por la unión ilícita de los dos sexos. Es de doble vínculo el parentesco, como su mismo nombre indica y consignado tiene el art. 920 del Código Civil, cuando la relación es nacida conjuntamente por parte del padre y de la madre, y de vínculo sencillo, cuando dicha relación es tenida solo por parte del padre ó de la madre.

El Derecho antiguo llamaba hermanos germanos á los que reconocían el mismo padre y madre, hermanos consanguíneos á los del mismo padre y uterinos á los que solo la madre era común.

nadas por vínculos de la sangre. Por eso dice el artículo 915 del Código Civil que cada generación forma un grado.

Línea en el parentesco es la serie de generaciones habidas entre el progenitor común y sus descendientes, ó entre éstos y aquél, ó entre aquellas personas que, teniendo un ascendiente común, no descienden sin embargo unas de otras.

Del anterior concepto general de la línea se deduce, que esta puede ser directa ó colateral, y la primera descendente ó ascendente, que es la misma clasificación que la Ley positiva hace (1); según la cual, es línea recta ó directa la constituida por la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; y colateral la constituida por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común. La línea recta descendente une al cabeza de familia con los que descienden de él; y la ascendente liga á una persona con aquellos de quienes desciende.

Conocidos estos antecedentes, necesario nos es pasar á examinar lo que se refiere á la computación de grados en el parentesco; estudio de capitalísima importancia, porque ha de darnos la clave para la recta aplicación del principio que con carácter general rige en las sucesiones abintestato, según el cual el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, heredando por partes iguales los que se hallen en el mismo grado, salvo la preferencia del doble vínculo para percibir una mayor cantidad.

En las líneas, dice el art. 918 del Código Civil, se cuentan tantos grados como generaciones ó como personas, descontando la del progenitor.

En la recta se sube únicamente hasta el tronco. Así, el hijo dista del padre un grado, dos del abuelo y tres del bisabuelo.

En la colateral se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación. Por esto, el hermano dista dos grados del hermano, tres del tío, her-

(1) La línea colateral suele subdividirse á su vez en igual y desigual, según que esté ó no compuesta por igual número de generaciones en cada uno de sus lados; distinción de que no hacemos mención en el texto, por carecer de importancia.

mano de su padre ó madre, cuatro del primo hermano, y así en adelante.

Hay que tener presente que las reglas hasta aquí indicadas, se refieren á la computación de grados por Derecho civil, la cual computación rige en todas las materias, excepto las que tengan relación con los impedimentos del matrimonio canónico (1). Para este caso, la computación se hará conforme á las reglas del Derecho canónico, en el que también se distinguen las líneas directa y transversal; subdividiéndose la primera en descendente y ascendente, y la segunda en igual y desigual.

La computación de grados en la línea recta ó directa, es igual por Derecho canónico que por Derecho civil, pues se cuentan por el número de personas menos una: la diferencia se presenta cuando se trata de la computación en la línea colateral ó transversal, en la que, según el Derecho canónico, no se cuentan más que el número de generaciones que median entre las personas cuyo parentesco se quiere averiguar con el tronco común, cuando la línea es igual, y cuando es desigual, las que separan al pariente más alejado del tronco común, de aquellos entre quienes se hace la computación. Así, los hermanos distan un solo grado entre sí; el tío del sobrino dos, y tres los hijos de los primos hermanos, etc.

Del examen de unas y otras reglas de computación resulta, que los hijos distan un grado de los padres, y dos de los abuelos los nietos, lo mismo por Derecho civil que por Derecho canónico, y que el resultado de la computación en la línea colateral es muy distinto, pues mientras que por la Ley civil el hermano dista del hermano dos grados, por la canónica los separa un solo grado, y así sucesivamente en las demás generaciones.

Efectos de la proximidad de parentesco en las herencias abintestato.—Como indicado dejamos y consignado tiene el art. 921 del Código Civil, el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar, y los parientes que se hallen en el mismo

(1) Art. 919 del Código Civil.

grado heredarán por partes iguales, salvo la preferencia declarada á favor de los parientes de doble vínculo (1), para asignarles una doble porción en la herencia, cuando los concurrentes á esta son hermanos y los hay de padre y madre y medio hermanos. En el caso de concurrir á la herencia parientes de igual grado, y alguno ó algunos no quisieren ó no pudieren suceder, su parte acrecerá á los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar (2).

Repudiando la herencia el pariente más próximo, si es solo, ó si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho, y sin que puedan representar al repudiante (3).

Las anteriores reglas, que son las consignadas en el Derecho positivo, sancionan el doble modo de suceder, conocido de antiguo con los nombres de *in cápita* y *por representación*. En la primera se ha de dividir la herencia en tantas partes iguales cuantas sean las personas llamadas, excepción hecha del caso en que entre los concurrentes haya parientes de doble y de sencillo vínculo, en que los hermanos de padre y madre percibirán doble porción que los que sean solo consanguíneos ó uterinos. Si la sucesión tiene lugar por representación, la división de la herencia se hará por *estirpes*, de modo que el representante ó representantes no hereden más de lo que heredaría su representado si viviera.

Pero téngase en cuenta que las dos formas de sucesión á que nos venimos refiriendo, pueden tener aplicación simultánea, esto es, que en una misma herencia puede haber herederos que sucedan en cabeza y otros en representación, como bien claro demuestra la salvedad que hace el mencionado art. 921, y á continuación veremos, cuando estudiemos la representación, pues hasta tal punto es esta considerada en el orden sucesorio, que el de-

(1) Entiéndase que la preferencia que determina el doble vínculo para el fin indicado, no tiene aplicación más allá de los hijos de los medio hermanos.

(2) Art. 922 del Código Civil.

(3) Art. 923 de id. id.

recho de acrecer no tiene lugar en tanto que haya personas llamadas á la representación.

De la representación hereditaria: cuándo tiene lugar y efectos jurídicos que produce.—La concurrencia á heredar en las sucesiones intestadas, no tiene lugar en todo caso por lo que en estricto sentido podemos llamar *derecho propio*, sino que hay ocasiones en las cuales los derechos hereditarios que se reclaman son los que pertenecerían á otra persona, y entonces se dice que se tiene opción á la herencia *por derecho de representación*; por eso dice la Ley positiva (1) que se llama derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera ó hubiera podido heredar; precepto legal que, aunque incompleto, como concepto de la representación hereditaria, dice no obstante lo suficiente para formarse idea de lo que es este modo ó manera especial de heredar.

Decimos que es deficiente el concepto que la Ley positiva dá del llamado derecho de representación, porque mediante esta no se sucede al representado, como parece quieren indicar los términos que el legislador emplea, sino que á quien se sucede *directamente* es á aquella persona á quien sucedería la representada, caso de vivir, haber sido desheredada ó no ser incapaz.

Definiendo los autores la representación hereditaria le dan la generalidad de ellos el carácter de beneficio ó privilegio; no faltando quien la considera como una ficción legal, ó como una excepción al principio general que en materia de sucesiones abintestato rige, de que el pariente más próximo en grado excluye al más remoto.

Fijándose en los efectos de la representación, es evidente que se presenta como una excepción al principio general ya repetido, de que el pariente más próximo excluye al más remoto; pero esto no es decir nada cuando de definir la representación hereditaria se trata.

Nosotros, partiendo del significado más general de la pala-

(1) Art. 924 del Código Civil.

bra *representación*, diremos que esta es, tratándose de la sucesión hereditaria, *la facultad de poderse presentar por otra persona á reclamar los derechos hereditarios que á ésta corresponderían en la herencia de un tercero.*

Es principio general sancionado por el Derecho civil positivo, que solo puede representarse á quien ha fallecido, no á una persona viva; principio á que se reconocen dos excepciones, como son: el caso de haber sido desheredada ó ser incapaz la persona á quien se representa. Así sucede, que los hijos del desheredado ocupan el lugar del padre y conservan los derechos de herederos forzosos en la herencia del abuelo, por lo que se refiere á la legítima correspondiente al padre; derecho de representación que aquellos no pierden aun en el caso de haber renunciado la herencia del padre.

Por lo que dice relación á los casos en que puede tener lugar el derecho de representación, según la especie de parentesco (1), hay que distinguir la clase de línea de que se trate, y así diremos, de acuerdo con la Ley positiva (2), que el derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, nunca en la ascendente, y en la colateral solo hasta el tercer grado, esto es, en favor de los hijos de hermanos, sin distinguir si éstos son de doble ó sencillo vínculo.

Queriendo algunos tratadistas de nuestro Derecho civil explicar el fundamento de la representación, se fijan en la consideración del presumible afecto entre aquél cuya es la herencia y la persona llamada á su disfrute en sustitución de otra que sería

(1) Adviértase, que por lo que en rigor se refiere á la clase de parientes que tienen derecho á representar á los suyos en la sucesión hereditaria, hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 843, 940 y 941 del Código Civil, según los cuales, los derechos reconocidos á los hijos naturales como herederos forzosos se transmiten por su muerte á sus descendientes legítimos; y si con los hijos naturales ó legitimados concurrían descendientes de otro hijo de igual clase, los primeros suceden por derecho propio y los segundos por representación.

(2) Art. 925 del Código Civil.

á la que directa y primeramente corresponderían los derechos hereditarios, caso de no haber muerto, ser desheredada ó estar incapacitada. Así, dicen, el nieto es llamado á la herencia del abuelo en representación del hijo de éste, padre de aquél, porque el afecto al nieto huérfano no es menor que el afecto al hijo, y sería una ley impía y antinatural, aseguran, la que excluyera la representación en la línea recta descendente.

Si esta fuera la razón verdad tenida en cuenta por los legisladores para reconocer la facultad de representar á un tercero en los derechos hereditarios, no se explica cómo tal derecho ó facultad se niega á los ascendientes, pues no estimamos como suficiente la razón que alegan para negarla á éstos, diciendo que sería un contrasentido, porque parecería verse en ella un río que sube á buscar su origen. Nó. El motivo porque tal declaración legal se ha formulado en el sentido que dejamos expuesto, no ha podido ser el simple afecto familiar, como no es tampoco esta la única razón que justifica la existencia y reconocimiento de la sucesión hereditaria abintestato. Lo decimos anteriormente: el fundamento mediato de la sucesión legítima no puede buscarse fuera de los deberes familiares, originados por los vínculos de la sangre; y admitiendo como admitirse debe todas las consecuencias naturales de este principio, no hay explicación racional suficiente á justificar la negación del derecho de representación en la línea ascendente, pues si bien es cierto que nuestros primeros deberes los tenemos para con nuestra descendencia, también es innegable que fuera de esta y en su defecto, los deberes nunca borrados para con nuestros ascendientes, se presentan con tan verdadero carácter de exigibilidad, que no pueden morir en el primer grado de la ascendencia, sino que, por el contrario, deben tener un carácter de mayor necesidad en los grados ó generaciones posteriores, ya que por la indeclinable ley de la vida es cuando más de ayuda se necesita, por ser cuando quizá escasean más los recursos, consumidos en hacer frente á las necesidades sin cuento en la larga vida presentadas.

Como efecto natural que del derecho de representación nace, está el de haber de tenerse al representante como verdadero

coparticipe en la herencia para que la representación se conceda; pero como esta participación en concurrencia con otros no es igual en extensión para todos los concurrentes, prodúcese el efecto de haber de hacerse la división de la herencia por cabezas y por estirpes, de modo que el representante ó representantes no hereden más de lo que heredaría su representado si viviera: perciben por cabezas la herencia, los que concurren á ella por derecho propio; y por estirpes, los que vienen representando el derecho que á un tercero hubiera correspondido, y que de haber concurrido hubiera heredado también por cabeza, como los primeros. Así, por ejemplo, sobreviviendo á una persona hijos y nietos, la herencia se dividirá en tantas porciones como hijos y estirpes de nietos haya; es decir, tantas cuantos sean los hijos vivos y los fallecidos que hayan dejado descendencia; y los primeros heredarán por cabezas, y los hijos de los segundos fallecidos ó desheredados (nietos de aquella persona de cuya herencia se trata), sucederán por estirpes, esto es, tomando entre todos los descendientes de un padre solo la parte que á éste correspondería, los cuales la subdividirán á su vez en tantas partes cuantos sean los coherederos que representan unos mismos derechos.

Sobreviviendo solo nietos, habrá de dividirse la herencia en tantas porciones como series ó estirpes de nietos concurren, y cada una de dichas porciones se subdividirá después por iguales partes entre los concurrentes que tengan un padre común; esto es, entre los que sean hermanos, nietos de la persona cuya es la herencia.

Los dos casos que explicados quedan son referentes á la representación en la línea recta descendente. Tratándose de la colateral, es igual la primera regla explicada, si la concurrencia es entre hermanos y sobrinos del causante de la herencia, pues en tal caso los hermanos heredan por cabezas y los sobrinos por estirpes, en la forma de que dejamos hecha mención. Pero si solo sobreviven sobrinos, heredarán por cabezas, distribuyéndose la herencia en tantas partes cuantos sean los sobrinos concurrentes, correspondiendo á cada uno una porción igual. Véase, pues, el distinto criterio que el legislador sigue en los casos en que solo concurren nietos y sobrinos, sin razón que lo explique.

DOCTRINA LEGAL

Art. 912 La sucesión legítima tiene lugar:

1° Cuando uno muere sin testamento, ó con testamento nulo, ó que haya perdido después su validez.

2° Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo ó en parte de los bienes, ó no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto.

3° Cuando falta la condición puesta á la institución de heredero, ó éste muere antes que el testador, ó repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer.

4° Cuando el heredero instituido es incapaz de suceder.

Art. 913 A falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia, según las reglas que se expresarán, á los parientes legítimos y naturales del difunto, al viudo ó viuda y al Estado.

Art. 914 Lo dispuesto sobre la incapacidad para suceder por testamento es aplicable igualmente á la sucesión intestada.

Art. 915 La proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones. Cada generación forma un grado.

Art. 916 La serie de grados forma la línea, que puede ser directa ó colateral.

Se llama directa la constituida por la serie de grados entre personas que descienden una de otra.

Y colateral la constituida por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común.

Art. 917 Se distingue la línea recta en descendente y ascendente.

La primera une al cabeza de familia con los que descienden de él.

La segunda liga á una persona con aquellos de quienes desciende.

Art. 918 En las líneas se cuentan tantos grados como generaciones ó como personas, descontando la del progenitor.

En la recta se sube únicamente hasta el tronco. Así, el hijo dista del padre un grado, dos del abuelo y tres del bisabuelo.

En la colateral se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación. Por esto, el hermano dista dos grados del hermano, tres del tío, hermano de su padre ó madre, cuatro del primo hermano, y así en adelante.

Art. 919 La computación de que trata el artículo anterior rige en todas las materias, excepto las que tengan relación con los impedimentos del matrimonio canónico.

Art. 920 Llámase doble vínculo al parentesco por parte del padre y de la madre conjuntamente.

Art. 921 En las herencias el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el de-

recho de representación en los casos en que deba tener lugar.

Los parientes que se hallaren en el mismo grado heredarán por partes iguales, salvo lo que se dispone en el art. 949 sobre el doble vínculo.

Art. 922 Si hubiere varios parientes de un mismo grado, y alguno ó algunos no quisieren ó no pudiesen suceder, su parte acrecerá á los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar.

Art. 923 Repudiando la herencia el pariente más próximo, si es solo, ó, si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudian'te.

Art. 924 Llámase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera ó hubiera podido heredar.

Art. 925 El derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente.

En la línea colateral solo tendrá lugar en favor de los hijos de hermanos, bien sean de doble vínculo, bien de un solo lado.

Art. 926 Siempre que se herede por representación, la división de la herencia se hará por estirpes, de modo que el representante ó representantes no hereden más de lo que heredaría su representado, si viviera.

Art. 927 Quedando hijos de uno ó más herma-

nos del difunto, heredarán á éste por representación si concurren con sus tios. Pero, si concurren solos, heredarán por partes iguales.

Art. 928 No se pierde el derecho de representar á una persona por haber renunciado su herencia.

Art. 929 No podrá representarse á una persona viva sino en los casos de desheredación ó incapacidad.



CAPITULO XXVI

Del orden de suceder en las herencias abintestato, según la diversidad de líneas



EXPLICADOS en el anterior Capítulo los llamados *principios generales*, referentes á las sucesiones abintestato, vamos á examinar en el presente la doctrina legal que dice relación al orden preferente en que son llamadas á estas herencias los diversos parientes que puede tener el causante de ellas.

Llamamiento de la línea recta descendente.—En forma bien categórica y terminante establece la legalidad vigente (1) el principio de que «la sucesión corresponde en primer lugar á la línea recta descendente»; preferencia concedida en virtud de que son los parientes con quienes primeramente hay que cumplir los deberes familiares en que hacemos basarse las sucesiones abintestato en general. Por esta razón, existiendo un descendiente legítimo ó legitimado por subsiguiente matrimonio, cualquiera que sea el grado de parentesco en que se halle con relación al causante de la herencia, excluye de esta á cualquiera otro pariente que se crea con derecho á ella.

Consideraciones históricas sobre el llamamiento preferente de los descendientes.—Esta preferencia que la legalidad vigente reconoce

(1) Art. 930 del Código Civil.

á favor de los descendientes para heredar á sus ascendientes con exclusión de todos los demás parientes, no es una novedad introducida por la nueva Ley positiva civil, sino que ha sido principio informante de toda legislación culta; porque arrancando, por decirlo así, de una especie de sentimiento natural, no le ha negado preferencia ningún legislador. Este principio, heredado de la culta Roma por las tribus que le sucedieron en el poderío de nuestro suelo, y reproducido todavía con más fidelidad, si se quiere, en tiempos posteriores por D. Alfonso X el Sabio, ha venido rigiendo siempre entre nosotros sin la más ligera excepción. Por eso les fué fácil á los modernos legisladores declarar, conforme á los precedentes de nuestra historia legal, en la *base* 18 de la Ley de 11 de Mayo de 1888, que á la sucesión intestada serán llamados: «1º Los descendientes».....; de conformidad con cuyo precepto se formuló después el contenido en el art. 930 del Código Civil, que anotado dejamos; declaración repetida desde los más antiguos tiempos, por la fuerza que en el corazón humano hace la voz que le manda amar y favorecer en primer término á los seres que son reproducción y parte del mismo (1).

(1) No citamos textos concretos de nuestro aserto, por tratarse de un principio que no ha tenido excepción, ni ha motivado dudas y cuestiones sobre su realidad histórica. Habrá podido suceder que en algún tiempo el propósito de conservar el estado de las familias y de que los derechos y servicios públicos á él inherentes recayeran en personas hábiles para ejercer los unos y prestar los otros, hicieran que se diera preferencia á los varones sobre las hembras y á los agnados sobre los cognados, como ocurría entre los francos, que las tierras llamadas *sálicas* no podían poseerlas las mujeres; pero siempre resulta innegable que los descendientes han sido los llamados primeramente al disfrute de la herencia de sus ascendientes, porque aun entre los mismos pueblos que decimos, concedían preferencia al varón; sucedía que en todo caso los hijos heredaban por igual los bienes alodiales de sus padres. Podrá, por último, haber existido ó poderse conceder cierta preferencia al descendiente mayor sobre los siguientes, en el disfrute y aprovechamiento del haber hereditario de los ascendientes; pero siempre habrá sido el llamado por la ley ó por la voluntad del testador un descendiente del mismo y no ningún otro pariente de otra línea, teniendo descendencia.

Indicado á grandes rasgos el hecho de la existencia de las sucesiones abintestato en todos los tiempos de nuestra historia legal, y no habiendo de proceder al examen de cuantos textos legales confirman el aserto, por las razones en la nota dichas, vamos á concretarnos á señalar en este lugar el orden de llamamientos que para las sucesiones intestadas venían rigiendo antes de la publicación del Código Civil; indicación que hacemos, porque habiendo sufrido algunas variaciones este punto, como podrá observarse relacionando una doctrina con otra, y siendo reciente la modificación, es fácil que todavía se encuentre pendiente alguna cuestión sobre abintestatos, que haya de tener que resolverse según las prescripciones del Derecho histórico.

El Derecho civil vigente, cuando el Código se publicó, llamaba á las sucesiones abintestato, por su orden, á los descendientes, á los ascendientes y á los colaterales; determinando la preferencia entre los parientes de cada una de estas líneas por la legitimidad ó ilegitimidad del parentesco y por razón de la proximidad de grado en éste.

Al estudiar este punto el Sr. Morató, y para la mejor inteligencia y claridad en la exposición de la doctrina, distinguió con toda precisión todos los casos posibles, haciendo una exposición tan completa y acabada de la doctrina, que á exponerla con la fidelidad posible vamos á limitar nuestro trabajo en esta cuestión, ya que el modelo que tomamos es tan acabado que nos juzgamos incapaces de mejorarlo. El autor mencionado distinguía cuatro casos generales de sucesión legítima, á saber: 1º Fallecimiento de un varón legítimo sin testamento. 2º Fallecimiento de una hembra legítima sin testamento. 3º Fallecimiento de un varón ilegítimo sin testamento. 4º Fallecimiento de una hembra ilegítima sin testamento.

Primero En el primer caso eran llamados al abintestato: 1º Los descendientes legítimos, legitimados por subsiguiente matrimonio y putativos. 2º Los legitimados por rescripto del Rey. 3º Los adoptivos, bien que no á toda la herencia. 4º Los naturales, juntamente con su madre, tan solo á una sexta parte de la herencia. 5º Los ascendientes legítimos. 6º Los colaterales hasta

el cuarto grado inclusive, con preferencia entre ellos por razón del doble vínculo y del derecho de representación hasta los hijos de hermanos ó sean los sobrinos del difunto. 7º Los hijos naturales reconocidos, á toda la herencia. 8º La viuda no separada por demanda de divorcio contestada al tiempo de fallecer su marido y á condición de que á su muerte los bienes raíces de abuelngo habían de volver á los parientes colaterales del mismo. 9º Los parientes colaterales del quinto al décimo grado, ambos inclusive. 10º Y finalmente, el Estado (1).

La división que de la herencia se hacía en el caso que venimos explicando, era la siguiente: Entre los sucesores primeramente llamados se distribuía el haber hereditario por partes iguales, *in cápita*, cuando concurrían solo hijos del finado. Si había hijos y nietos, los primeros sucedían *in cápita* y los segundos *in stirpes*: esto es, por derecho propio y de representación respectivamente. Y si concurrían solo los nietos, la división se hacía por estirpes, subdividiéndose después cada parte en tantas porciones como personas correspondieran á la misma estirpe.

Estas mismas reglas se aplicaban para la división de la herencia entre los legítimados por rescripto del Rey.

Los hijos adoptivos, herederos abintestato en tercer lugar, percibían solo la cuarta parte de la herencia intestada del padre adoptante, y solo cuando se trataba de la adopción llamada menos plena.

El cuarto lugar, reservado para los hijos naturales, daba solo derecho á la sexta parte de la herencia, en participación igual con la madre, y solo correspondía íntegra al hijo cuando ésta no existía.

Entre los ascendientes, llamados en cuarto lugar, se observaban las siguientes reglas en la distribución de la herencia: 1ª El más próximo excluía al más remoto. 2ª Entre los ascendientes de primer grado (padres), la división de la herencia se hacía por ca-

(1) Hay que advertir que á la viuda pobre le correspondía la cuarta marital, en concurrencia con descendientes, ascendientes y colaterales.

bezas. 3^a No habiendo padres, y si ascendientes de grado posterior, la sucesión tenía lugar por líneas, correspondiendo la mitad á la línea paterna y la otra mitad á la materna; sin perjuicio de la preferencia por la proximidad de grado.

Cuando eran los colaterales los llamados á la sucesión, la división de la herencia se hacía por cabezas, concurriendo solos los hermanos: si con éstos concurrían sobrinos, sucedían unos por cabezas y otros por representación, respectivamente; y concurriendo solos los sobrinos, todos por cabezas. Si entre los hermanos los había solo consanguíneos ó uterinos, se seguía el principio de *paterna paternis, materna maternis*, y los bienes comunes se dividían entre todos.

El llamamiento que al hijo reconocido y en su caso á la madre se hacía después de los colaterales del cuarto grado, se refería al goce de toda la herencia; como igualmente el de los parientes colaterales del quinto al décimo grado, cuando eran llamados en noveno lugar, después de la viuda.

Segundo. En el abintestato de una hembra legítima, sucedían los parientes por el orden siguiente: 1^o Los descendientes legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, como igualmente los putativos si los tuviere. 2^o Los legitimados por rescripto del Rey. 3^o Los adoptados por la mujer en el caso de especial concesión de la ley. 4^o Los naturales. 5^o Los espúreos; pero no los adulterinos, incestuosos y sacrílegos. 6^o Los ascendientes legítimos. 7^o Los colaterales hasta el cuarto grado; con preferencia por razón de doble vínculo, y del derecho de representación hasta los sobrinos. 8^o El viudo no separado por demanda de divorcio, contestada al tiempo del fallecimiento de su mujer, y á condición también de que los bienes raíces de abolengo habían de volver á su muerte á los parientes de la mujer. 9^o Los parientes colaterales desde el quinto al décimo grado, ambos inclusive. 10^o Y finalmente, el Estado.

Las reglas para la distribución de la herencia en este segundo caso de abintestato, eran en general las mismas que indicadas quedan al explicar el caso primero, habiendo solo algunas diferencias que á continuación hacemos notar.

Los naturales recibían toda la herencia cuando eran llamados al abintestato de la madre; como también los espúreos, quienes carecían de todo derecho en el abintestato del padre. Y, por último, el viudo no tenía en ningún caso derecho á cuarta alguna sobre los bienes de la mujer, como á ésta correspondía sobre los de aquél, cuando era pobre.

Tercero. El tercer caso distinguido en la sucesión abintestato, según el Derecho histórico, es el de un varón ilegítimo, muerto sin testamento, sucediéndole sus parientes por el siguiente orden: 1º Los descendientes legítimos, legitimados por subsiguiente matrimonio y putativos. 2º Los legitimados por rescripto del Rey. 3º Los adoptivos. 4º Los naturales, juntamente con la madre, á la sexta parte de la herencia. 5º Los ascendientes ilegítimos. 6º Los hermanos uterinos. 7º Los consanguíneos, prefiriendo los legítimos á los ilegítimos. 8º Los demás colaterales uterinos hasta el cuarto grado inclusive. 9º Los hijos naturales reconocidos. 10º La viuda no separada por demanda de divorcio contestada al tiempo de fallecer su marido, aparte el derecho que antes tenía á su cuarta marital, si era pobre. 11º Los parientes colaterales uterinos, desde el cuarto al décimo grado inclusive, naturales ó legítimos. 12º Y finalmente, el Estado.

Respecto á la distribución de la herencia en este tercer caso, solo diremos que en los varios llamamientos de la línea descendente, las reglas de división eran las mismas que dejamos consignadas en los casos precedentes. Si los llamados eran ascendientes, la madre percibía toda la herencia si concurría sola, y si juntamente con el padre, se había de deducir para éste la sexta parte.

Tratándose de la línea colateral, en virtud de que no había en ella preferencia alguna por razón de derecho de representación, la división de la herencia debía hacerse siempre *in cápita*, pues siempre la distribución se realizaba por el número de personas.

Cuarto. El cuarto y último caso que nuestro guía en esta materia distingua en la sucesión abintestato, es el de fallecimiento de una hembra ilegítima sin testamento; caso en el cual el orden de llamamientos era el siguiente: 1º Descendientes legítimos, le-

gítimados por subsiguiente matrimonio y putativos. 2º Los legitimados por rescripto Real. 3º Los adoptados por la misma mujer en el caso especial que podía hacerlo. 4º Los naturales. 5º Los espúreos. 6º Los ascendientes ilegítimos. 7º Los hermanos uterinos. 8º Los consanguíneos, prefiriendo los legítimos á los ilegítimos. 9º Los colaterales uterinos. 10º El viudo no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento de la mujer, y debiendo siempre reservar los bienes de esta procedencia para que á su muerte vayan á parar á los parientes de la mujer. 11º Los colaterales uterinos del quinto al décimo grado ambos inclusive. 12º Y finalmente, el Estado.

Por lo que se refiere á la distribución de la herencia en este cuarto caso que acabamos de estudiar, no había más que tener presentes las reglas consignadas para los anteriores, siempre guardando la analogía correspondiente al comparar los respectivos llamamientos.

Tales eran, en conclusión, los llamamientos que el Derecho civil histórico hacía á las herencias intestadas, no pudiendo comprenderse en ellos más casos que los citados. Y los hemos expuesto, aunque haciendo demasiado extensas estas consideraciones de carácter histórico, en atención á la excepcional importancia que el punto en cuestión presenta.

Descendientes á quienes alcanza la preferencia del llamamiento al abintestato de sus ascendientes, y modo de dividir la herencia entre ellos cuando concurren de diferente grado.—Si el llamamiento en orden preferente de los descendientes á la herencia intestada de sus ascendientes no tiene excepción hablando en tésis general de descendencia, hay que distinguir, no obstante, la clase de que esta sea, pues que no para toda descendencia rige en absoluto el principio, sobre todo por lo que se refiere al percibo de la totalidad de los derechos hereditarios.

Al fijar la clase de descendientes que la legalidad vigente llama con preferencia, emplea el legislador términos que creemos no expresan con exactitud el pensamiento de éste, correspondiendo al espíritu de que la Ley positiva se halla influida. Y decimos esto, porque al consignar el art. 931 del Código Civil, que

«los hijos legítimos y sus descendientes suceden á los padres y demás ascendientes sin distinción de sexo ni edad, y aunque procedan de distintos matrimonios», entendemos que se ha omitido una clase de hijos que tienen el mismo derecho, como son los legitimados, á quienes es sabido corresponde de igual modo que á los legítimos una participación en la herencia de los padres, que no difiere de la correspondiente á los de la última clase, pues sería absurdo admitir que siendo iguales sus derechos en la herencia testada (1), puedan diferir en la intestada, porque sería tanto como suponer que aquí la ley les negaba lo que en aquella clase de sucesión no permitió que pudiera negarles el mismo testador por propia y espontánea voluntad. Por esto entendemos nosotros que la omisión del legislador no puede perjudicar en sus derechos á los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, quienes si concurren solos tendrán derecho al total de la herencia abintestato de sus padres, y si con otros descendientes legítimos, una participación igual á éstos. Así debe entenderse, si es que hemos de dar al art. 122 del mismo Código Civil todo el valor y alcance que tiene, cuando sin excepción alguna establece el principio de que los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio disfrutarán de los mismos derechos que los legítimos; y si es que no hemos de hacer de peor condición á los hijos legitimados por tan natural modo, que aquellos legitimados por concesión Real, los cuales son llamados expresamente al todo de la herencia intestada de sus padres, en concurrencia con los hijos naturales, á falta de descendientes y ascendientes legítimos.

Por las mismas consideraciones que apuntadas quedan, y por lo que declarado tiene el art. 69 del Código Civil, entendemos, que en el mismo orden preferente y para igual participación que los hijos legítimos, son llamados los putativos á la herencia intestada de sus padres, pues sabido es que en el párrafo 3º del mencionado artículo, se declara que el matrimonio producirá efectos civiles respecto de los hijos *aunque haya intervenido mala fé por parte de ambos cónyuges*.

(1) Véase lo dicho á este propósito en el Cap. XVIII.

¶ Pero la preferencia en el llamamiento de las clases de hijos que probado queda, que tienen derecho á la herencia abintestato de los padres, juntamente con los hijos legítimos, ¿puede entenderse que es con absoluta exclusión de todos los demás descendientes?

Si hubiéramos de contestar á esta pregunta por la forma y el orden que á sus preceptos ha dado el legislador, habríamos de hacerlo en sentido afirmativo, porque la Ley positiva (1) no habla de los derechos de los hijos naturales legalmente reconocidos y de los legitimados por concesión Real, sino en tercer lugar y á falta de descendientes y ascendientes legítimos, con cuyo modo de expresarse, y habiendo dicho antes (2) que los hijos legítimos y sus descendientes suceden á los padres y demás ascendientes, parece como que quedan excluidos de suceder en parte alguna de la herencia de sus padres, muertos sin testamento, los hijos naturales legalmente reconocidos y los legitimados por concesión Real. Pero si nos fijamos en que lo mismo éstos que aquellos son considerados como herederos forzosos, según probado dejamos en el Capítulo XVIII, habremos de reconocer, y no puede menos de admitirse que así ha querido la legalidad vigente que sea, que ese llamamiento preferente que el art. 931 del Código Civil consigna á favor de los descendientes legítimos, es sin perjuicio de lo que como legítima les está reconocido á los demás ilegítimos á que aludimos. Es decir, que en concurrencia unos y otros en el abintestato del padre, corresponderá á los hijos legitimados por concesión Real y á los naturales legalmente reconocidos, la porción que en su lugar dijimos que les corresponde por legítima, y el resto todo será de los hijos legítimos; con lo cual resulta, que la preferencia la tienen para percibir una mayor parte en la herencia, pero no para que les sea adjudicada toda con precisión de dichos hijos legitimados ó naturales. Si de otro modo fuera, sucedería, como repetido tenemos, que la misma ley que prohíbe á los ascendientes privar de parte de la herencia sin justa causa á tales

(1) Art. 939 del Código Civil.

(2) Art. 931 de id. id.

hijos, desde el momento en que les atribuye el carácter de herederos forzosos, les negaba toda participación en el abintestato, en el caso de existir hijos ó descendientes legítimos; y como esto implicaría el mayor de los contrasentidos, de aquí que nosotros afirmemos que á la preferencia de éstos no puede ni debe dársele más alcance que el indicado.

Mas aparte de las consideraciones expuestas, hay otra razón legal, que aunque consignada en lugar impropio por el legislador, justificando una vez más el desorden y poco meditado plan de su obra, confirma de una manera expresa y concluyente nuestra afirmación. Nos referimos á la declaración consignada en el art. 942 del Código Civil, en que se dice: «En el caso de quedar descendientes ó ascendientes legítimos, los naturales y legitimados solo percibirán de la herencia la porción que se les concede en los artículos 840 y 841 (1)»; luego en todo caso les corresponde una participación en el abintestato de sus ascendientes.

Respecto al modo como han de dividirse la herencia intestada de los descendientes, hay que distinguir los casos en que solo existan hijos, ó que concurren con éstos nietos ó descendientes de grado posterior. En el primer caso la sucesión tiene lugar *in cápita*, dividiéndose, por tanto, la herencia por partes iguales entre todos los concurrentes. Por eso dice el art. 932 del Código Civil, que «los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales».

Los nietos y posteriores descendientes del causante del abintestato, concurren á la herencia por derecho de representación, y por ello la división del haber hereditario se efectuará por estirpes para éstos, y cada una de las series ó estirpes que perci-

(1) Los citados artículos fijan la cuantía que corresponde como legítima á los hijos naturales reconocidos cuando el testador tiene descendientes ó ascendientes, respectivamente, cuya porción ascende en el primer caso á la mitad de la legítima de aquellos, y en el segundo, á la mitad de la parte libre. Igual porción corresponde en uno y otro caso á los legitimados por concesión Real.

birá una parte igual, la subdividirá entre el número de descendientes que la compongan, por iguales partes. Así dice el artículo 933 del Código Civil, que «los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales».

Finalmente; cuando en la herencia intestada concurren hijos y descendientes de otros hijos que hubiesen fallecido, los primeros heredarán por derecho propio y los segundos por derecho de representación (1).

Las tres reglas ó principios que consignados dejamos, enseñan el criterio que ha de seguirse en la división de las herencias abintestato cuando son debidas á descendientes de la clase de legítimos, comprendiendo también á los legitimados por subsiguiente matrimonio y á los putativos, aunque respecto de ellos nada expreso dice la ley en los artículos que con propósito directo tratan de la sucesión que corresponde en primer lugar á la línea recta descendente; pero como dejamos afirmado que también pueden concurrir con las clases indicadas de descendientes los hijos naturales legalmente reconocidos y los legitimados por concesión Real, preciso es que digamos algo referente á cómo se dividirá la herencia cuando los descendientes de estas dos mencionadas clases concurren con los de aquellas.

En este caso, creemos que á los hijos naturales reconocidos y á los legitimados por concesión Real, no corresponderán otros derechos en el abintestato, que aquellos que declarados les tiene la Ley positiva en la sucesión testamentaria; esto es, la parte de herencia de que el causante del abintestato no les hubiera podido privar en el supuesto de haber hecho testamento; parte que, como sabemos, asciende para unos y otros (para los hijos naturales reconocidos y para los legitimados por concesión Real), á la mitad de la cuota que corresponda á cada uno de los hijos legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición deduciendo antes los gastos de entierro y func-

(1) Art. 934 del Código Civil.

ral (1). Así, pues, el principio de que hay que partir es, de la determinación de la legítima correspondiente á los hijos legítimos, dividiendo entre el número que de éstos haya las dos terceras partes de la herencia (2), en las cuales dos partes corresponderá á cada hijo legítimo una cantidad igual, toda vez que no puede haber ninguno mejorado, en virtud de que la mejora supone ejercicio de la facultad de disponer de parte de la herencia y aquí no hay *disposición*, puesto que se trata de sucesiones abintestato.

Lo que sí habrá que tener en cuenta es, si el hijo natural legalmente reconocido ó el legitimado por concesión Real, concurren á la herencia de su padre ó madre con un solo hijo legítimo ó hay más de uno, si los concurrentes de aquella clase son más de uno, y también la cuantía ó importancia del caudal hereditario, porque como la extensión de la legítima de éstos (naturales y legitimados) parece que va afecta de una condición, al decir la ley... *siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral*, es indudable que según los casos indicados, guardará más ó menos proporción (casi nunca exacta) (3) la

(1) Art. 840 del Código Civil.

(2) Afirmamos, contra la opinión de varios tratadistas, que en el caso que estudiamos se refiere la ley á la legítima *larga* (dos tercios de la herencia) de que habla el art. 803 del Código Civil, y no á la *estricta* (un tercio), porque no habiendo ni pudiendo haber mejora, es indiscutible que la cuota legitimaria de los descendientes legítimos, está formada por las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. (Véase lo que á este propósito decimos en el Capítulo XX, página 522).

(3) Decimos que casi nunca será exacta la proporción, esto es, que pocas veces el hijo natural ó legitimado por Real concesión, percibirá en el abintestato de sus padres la mitad de lo que por legítima corresponderá á los legítimos, legitimados por subsiguiente matrimonio y putativos, porque no pudiendo exceder de una tercera parte de la herencia (parte de libre disposición) y habiendo de deducir antes los gastos de entierro y funeral, solo habiendo varios descendientes de la clase indicada últimamente y uno ó muy pocos más de los segundos y ser la herencia de alguna importancia, podrá mantenerse la proporción que en principio quiere la ley que haya.

parte que en el abintestato del padre ó de la madre correspondida á los hijos naturales reconocidos y á los legitimados por concesión Real, en relación con la correspondiente á los legítimos, legitimados por subsiguiente matrimonio y putativos. Para convencerse de esta nuestra afirmación, bastará fijarse en el siguiente caso: Supongamos un abintestato cuyo importe ascienda á 15,000 pesetas, á que concurren dos hijos legítimos y uno natural, y tendremos: que á cada uno de aquellos corresponderá como legítima en él 5,000 pesetas, y de las 5,000 restantes se le adjudicarán 2,500 al hijo natural, que llegará á poder percibir las íntegras, porque presumible es que los gastos de entierro y funeral no asciendan al resto de las otras 2,500, dada la significación, aunque no grande, de la herencia. Pero admitamos por un momento que el caudal es mucho más pequeño, que la descendencia legítima está representada por un solo individuo y por dos ó más ilegítimos, y resultará, que la proporción que la ley quiere no puede mantenerse: y lo mismo sucedería siendo reducido el caudal hereditario y los descendientes ilegítimos en igual ó muy escaso menor número que los legítimos.

La observación que puede hacérsenos de que serán raros los casos en que los descendientes ilegítimos concurren en igual ó mayor número que los legítimos á la herencia intestada de sus padres, no destruye la posibilidad de que así ocurra, y como caso posible hemos creído conveniente exponerlo á la consideración del lector, ya que nuestras observaciones, aunque desautorizadas, pueden contribuir á formarse idea de cómo debe entenderse el precepto del legislador.

Sucesión abintestato de los ascendientes: Personas que comprenden el llamamiento en la línea recta ascendiente, y forma de suceder.— En segundo lugar gozan de preferencia para suceder abintestato, según la legalidad vigente (1), los ascendientes, con exclusión de los colaterales; porque á falta de hijos y descendientes del que causa la herencia, que es cuando aquellos son llamados, con na-

(1) Art. 935 del Código Civil.

dic se supone más obligado al que fallece intestado, que con aquellas personas de quienes mediata ó inmediatamente procede. Por eso hablando de la justificación de este llamamiento, dice un moderno tratadista (1) que es la confirmación del principio del amor que gobierna las sucesiones, y una justa recompensa á los desvelos de la paternidad. Con frecuencia—dice—esta sucesión tiene hasta los caracteres de una restitución; porque la fortuna de los hijos suele por lo común proceder de la generosidad de los padres.

El llamamiento que la Ley positiva hace á favor de los ascendientes á la sucesión abintestato de los descendientes, tiene para nosotros una justificación tan plena en los impulsos y aspiraciones del corazón humano, que no necesita encomio, y por eso nos parece en extremo plausible la conducta de los modernos legisladores que lo han sancionado, inspirados en los inmediatos precedentes de nuestro Derecho civil genuinamente patrio, sin tener en cuenta que en algún momento de nuestra historia legal no merecieron tal distinción (2).

Los ascendientes á quienes llama la ley al abintestato de sus descendientes, no son solo los de primer grado (padres), sino también los de grados posteriores (abuelos, bisabuelos, etcé-

(1) Sr. Falcón.

(2) Decimos esto, porque las Leyes de Partida llamaban á los ascendientes conjuntamente con los hermanos (parientes colaterales), disponiendo, que *si hermanos oviere, entonces deoza heredarlo ellos con el padre ó con la madre, partiendo por cabezas*. Mas dictadas con posterioridad las famosas Leyes de Toro, se dispuso por sus autores (mejor informados en lo que es exigencia de la misma naturaleza racional), que los ascendientes legítimos, por su orden y línea derecha, sucedieran por testamento y abintestato á sus descendientes en todos sus bienes, de cualquiera clase que fueran, siempre en el caso de que dichos descendientes no tuvieran hijos ó descendientes legítimos, ó que tuvieran derecho de heredarles; y que el hermano para heredar abintestato al hermano, no pudiera concurrir con los padres ó ascendientes del difunto. Tal es, en sustancia, la doctrina de las leyes VI y VII de Toro sobre la sucesión abintestato de los ascendientes, cuya racionalidad sube de punto por no haber distinguido entre el padre y la madre.

tera), bien que rigiendo en todo su rigor el principio de que el más próximo en grado excluye al más remoto, porque como en su lugar dijimos, la representación no se dá nunca en la línea recta ascendente. Por eso dice el art. 936 del Código Civil, que «el padre y la madre, si existieren, heredarán por partes iguales; y existiendo uno solo de ellos, éste sucederá al hijo en toda la herencia»; y el siguiente artículo dice: «A falta de padre y madre sucederán los ascendientes más próximos en grado...»

Con lo dicho anteriormente viene á significarse, que la herencia intestada que á los ascendientes corresponde con exclusión de los colaterales, cuando el causante de aquella no deja descendientes, ha de dividirse siempre *por cabezas*, y que la sucesión es en todo caso *lineal*.

Pero como puede muy bien ocurrir que no habiendo padres concurren varios otros ascendientes á la herencia, por poder ser más de uno los ascendientes en grado posterior que á su vez tengan el mismo parentesco con el causante de la herencia, sucederá que la sucesión será también *lineal y por cabezas*, mas la participación no será para todos la misma (1), pues al decir del párrafo segundo del art. 937 del Código «si hubiere varios de igual grado, pertenecientes á la misma línea, dividirán la herencia por cabezas; y si fueren de líneas diferentes, pero de igual grado, la mitad corresponderá á los ascendientes paternos y la otra mitad á los maternos, debiendo hacerse también por cabezas la división en cada línea».

Hay que advertir que en todo caso habrá que respetar, lo

(1) Decimos que la participación no será la misma para todos, refiriéndonos al caso en que los concurrentes pertenezcan á distinta línea, pues si son de la misma, es indudable que la distribución de la herencia se hará por partes iguales. Perteneciendo á línea diferente, es cuando, repetimos, puede ocurrir que un ascendiente de igual grado que otro, perciba menos en el abintestado, porque como la división ha de hacerse por líneas (paterna y materna), adjudicando una parte igual á cada una, que después se dividirá por cabezas entre los de igual grado de cada línea, puede suceder, por ejemplo, que concurren los dos abuelos paternos y solo la abuela materna, en cuyo caso cada uno de aquellos percibirá la mitad que ésta,

mismo que en el abintestato de la línea recta descendente, la participación correspondiente á los hijos naturales legalmente reconocidos y á los legitimados por concesión Real, limitada á la cuota que por legítima se les debe en la herencia de sus causa-habientes, pues les es igualmente debida en la herencia intestada que en la testada; participación que no excede de la cuarta parte del haber hereditario, porque diciendo la Ley positiva que la cuota legitimaria de tales hijos, en el caso de ser ascendientes los herederos, está representada por la mitad de la parte de libre disposición, que es, como sabemos, la mitad del total haber hereditario, es evidente que en el caso que ahora estudiamos, los ascendientes que heredan abintestato á un descendiente legítimo habrán de dejar la cuarta parte de los bienes hereditarios al hijo ó hijos naturales que éste tuviera legalmente reconocidos, y á los legitimados por concesión Real, ya que á éstos hijos les están concedidos iguales derechos que á los naturales reconocidos, según expresamente determina el art. 844 del Código Civil.

Caso excepcional en la sucesión de los ascendientes ---Prescindiendo de todos los principios ó reglas que explicados quedan, y según la terminante disposición del art. 812 del Código Civil, «los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos á sus hijos ó descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación á ellos, y en el precio si se hubieren vendido, ó en los bienes con que se hayan sustituido si los permutó ó cambió».

Este preferente derecho, concedido al ascendiente donante, puede considerarse como verdadero caso de excepción á algunas de las doctrinas expuestas como pertinentes al llamamiento de los ascendientes á la herencia intestada de los descendientes, viniendo á significar, por otra parte, cierta reminiscencia del derecho de *troncalidad*, como indicado tenemos al hablar de las legítimas (1), resucitando en parte las doctrinas que sobre tal de-

(1) Véase á este propósito lo que dicho tenemos en el Cap. XVIII, páginas 473 y 474.

recho tenía de antiguo establecido el famoso Código visigótico.

Sucesión de los ascendientes naturales.—La moderna legalidad vigente, que no ha sentido gran reparo en conceder no escasos derechos sucesorios á los parientes naturales, para ser consecuente con sus declaraciones fundamentales en este punto, no ha podido prescindir de dar á tales derechos el carácter de reciprocidad, lo mismo en la sucesión abintestato que en la testamentaria, y por eso, de igual manera que al tratarse de parientes legítimos dice la nueva Ley civil (art. 944 del Código Civil), que «si el hijo natural reconocido ó el legitimado muere sin dejar posteridad legítima ó reconocida por él, le sucederá por entero el padre ó la madre que le reconoció: y si los dos le reconocieron ó viven, le heredarán por partes iguales».

Del citado precepto se deduce, que la ley llama solo á los ascendientes del primer grado, pues bien expresamente señala los términos *padre* y *madre* sin siquiera aludir á otros ascendientes de grado posterior, debiendo deducir de tal silencio que el llamamiento se limita solo á los padres, pues si otra cosa hubiera querido el legislador lo hubiera expresado, como hace al hablar del llamamiento de la línea recta ascendente entre parientes legítimos. (Art. 935 del Código).

Llamamiento de los hijos naturales reconocidos y legitimados por concesión Real á la sucesión abintestato de sus ascendientes, y forma en que entran á heredar.—La legalidad vigente, que con más ó menos justificación (1) reconoce porción legítima á los hijos naturales cuyo reconocimiento legal hubiera tenido efecto, y á los legitimados por concesión Real, no podía prescindir de ellos al marcar el orden de suceder abintestato; y creyendo los modernos legisladores que á falta de descendientes y ascendientes legítimos ninguna otra persona puede presentar más justos títulos que aquellos para percibir el todo de la herencia de sus padres, llámalos en tercer lugar para la sucesión intestada de éstos, por modo tan expreso y terminante como lo hace el art. 939 del C6-

(1) Véase lo dicho á este propósito en el Cap. XX.

digo Civil, aceptando lo que preceptuado tenía la *base* 18 de la Ley de 11 de Mayo de 1888, por lo que se refiere á los hijos naturales, y confirmando una vez más lo declarado en el art. 844 del mismo Código, según el cual, «la porción hereditaria de los hijos legitimados por concesión Real será la misma establecida por la ley en favor de los hijos naturales reconocidos». Y entiéndase que este llamamiento es aparte é independiente del que para las porciones antes indicadas les concede la misma ley aun en concurrencia con los descendientes y ascendientes legítimos: entonces son llamados para percibir solo una parte de la herencia, y ahora el llamamiento que se les hace es *para el todo de la herencia*, como paladinamente expresa el citado art. 939 del Código, y sin distinguir entre el abintestato del padre y de la madre, pues inspirados los autores de la nueva Ley civil en las doctrinas sábiamente establecidas por la Ley VI de Toro, aceptaron de plano, aunque expresamente no, lo acordado en la *base* 18 de la Ley de 11 de Mayo de 1888, ya citada, en la que se dice: «Desaparecerá la diferencia que nuestra Legislación establece (1) respecto á los hijos naturales entre el padre y la madre, dándoles igual derecho en la sucesión intestada de uno y otro».

Por otra parte, hay que tener presente que el nuevo Código limita el reconocimiento de los derechos sucesorios abintestato á los hijos naturales legalmente reconocidos y á los legitimados por concesión Real, no á los demás hijos ilegítimos; y que con dicho llamamiento, y dado el orden en que lo hace, ha quedado derogada la disposición de la Ley de 16 de Mayo de 1835, que reconocía derecho á los hijos naturales para la sucesión intestada de sus padres, después de los parientes colaterales del cuarto grado, y las Leyes de Toro, que en la sucesión de la madre los llamaba antes que á los ascendientes legítimos.

Pero el llamamiento que la legalidad vigente hace á favor de los descendientes ilegítimos mencionados, para la herencia abintestato de sus descendientes, no se limita al primer grado,

(1) No indicamos aquí cuál era el orden distinto en que tales hijos heredaban abintestato al padre y á la madre, porque consignado queda al principio de este mismo Capítulo.

sino que se hace extensivo también á los descendientes de aquellos, como bien á las claras se deduce del art. 940 del nuevo Código Civil, al decir: «Si con los hijos naturales ó legitimados concurren descendientes de otro hijo natural ó legitimado que hubiese fallecido.....»; y sobre todo, como terminantemente expone el artículo siguiente, según el cual, «los derechos hereditarios concedidos al hijo natural ó legitimado en los dos anteriores artículos, se *transmitirán* por su muerte á sus descendientes, quienes heredarán por representación á su abuelo difunto.»

Tan terminantes declaraciones legales, no dejan lugar á duda, sobre si la representación tiene ó no efecto en la sucesión abintestato de los hijos naturales legalmente reconocidos y de los legitimados por concesión Real; pero sí puede dudarse, por falta de claridad en la expresión del legislador, sobre si los descendientes de segundo ó ulterior grado, que también son llamados, son únicamente los legítimos ó se extiende también á los ilegítimos, pues en los varios artículos citados nada se dice, como lo hace el 843 del mismo Código al hablar de la sucesión testamentaria, en la que solo reconoce derecho de representación (también esta puede darse en aquella clase de sucesión), solo á los descendientes legítimos de los hijos naturales, para poder reclamar la porción legitimaria reconocida á éstos.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el legislador no distingue, y en tal supuesto tampoco nos es permitido distinguir, y partiendo del principio de que en el caso que ahora estudiamos no hay tanto peligro como en el de referencia para aplicar extensivamente el precepto legal, creemos que el llamamiento comprende á los descendientes de una y otra condición.

A lo que en ningún caso tienen derecho el hijo natural y el legitimado, es á suceder abintestato á los hijos y parientes legítimos del padre ó madre que los haya reconocido ó legitimado, como tampoco éstos pueden suceder á aquellos, pues que el atrevimiento de los modernos legisladores mostrado al reconocer derechos sucesorios á la clase de descendientes á que nos venimos refiriendo, no ha llegado al extremo de traspasar esa insuperable línea divisoria de que habla el ilustrado García Go-

yena, trazada para distinguir los parientes legítimos de los naturales. Por ello, pues, hay completa distinción entre los descendientes de una y otra clase que concurren á la herencia de un ascendiente común, y una separación absoluta entre los parientes legítimos y los ilegítimos para sucederse unos á otros, hasta el punto de que la sucesión hereditaria no se concede por reciprocidad más que á los parientes de la misma clase, pues no otra cosa significa el contenido del art. 943 del Código Civil, en el cual se dice: «El hijo natural y el legitimado no tienen derecho á suceder abintestato á los hijos y parientes legítimos del padre ó madre que lo hayan reconocido, ni ellos al hijo natural ni al legitimado.»

Una vez admitidos los hijos naturales y los legitimados por Real concesión á la herencia de sus ascendientes, y declarado que los derechos sucesorios á ellos concedidos se transmiten por su muerte á sus descendientes, las reglas fijadas para la distribución de tales herencias, habían de ser similares á las establecidas para el abintestato de los descendientes legítimos; esto es, que los más próximos en grado heredan por derecho propio y se dividen la herencia *in capita*, y los de grado posterior concurren por derecho de representación, percibiendo por ello su parte de herencia por estirpes.

Por último, cuando los hijos naturales legalmente reconocidos y los legitimados por concesión Real, concurren con descendientes ó ascendientes legítimos, sus derechos en el abintestato los tienen con carácter personalísimo, y la división de la herencia se hará por cabezas entre unos y otros, si bien la cuota de aquellos no pasará en ningún caso de la que fijan los artículos 840 y 841 del Código Civil, reducida, como sabemos, á la mitad de lo que por legítima corresponda al hijo legítimo no mejorado, y á la cuarta parte de la herencia cuando la concurrencia tiene lugar con ascendientes legítimos.

Sucesión de los colaterales y de los cónyuges: Orden en que cada uno entra á heredar, y modo de dividir la herencia.—En una mis-

ma *sección* (4^a del Cap. IV del tit. 3^o del lib. III del Código Civil), estudia la legalidad vigente la sucesión abintestato de los colaterales y del cónyuge viudo; y al hacerlo así, mistifica el llamamiento de los colaterales, pues que antes de apurar, por así decirlo, la línea de los parientes de esta clase que son llamados al abintestato de los suyos, llama al cónyuge viudo, cuando no se hallase separado del causante de la herencia por sentencia firme de divorcio. De no explicar con la conveniente claridad el título de la *sección* dicha, pudiera incurrirse en graves errores, y con el fin de evitarlos, vamos á explicar con la precisión posible el momento ó lugar que cada uno de los colaterales y el cónyuge viudo son llamados, lo cual equivale á desarrollar el precepto contenido en el art. 946 del Código, según el cual, á falta de descendientes, ascendientes é hijos naturales legalmente reconocidos ó legitimados por concesión Real, heredarán los parientes colaterales y los cónyuges por el orden que se establece en los artículos siguientes.

¿Y cuál es este orden? Del estudio de los artículos á que alude el 946, se deduce que el orden que en el llamamiento de los colaterales y del cónyuge viudo ha de seguirse, es el siguiente: 1^o Los colaterales de segundo y tercer grado (1). 2^o El cónyuge viudo no separado por sentencia firme de divorcio. 3^o Los parientes colaterales del cuarto al sexto grado, ambos inclusive.

Tratándose de explicar el modo de dividir la herencia, hay que distinguir los varios casos que pueden ocurrir, en consideración á que, como es sabido, la representación se dá también entre colaterales á favor de los sobrinos, hijos de hermano del causante de la herencia, y el doble vínculo determina también preferencia entre esta misma clase de parientes y hasta el grado

(1) Decimos los colaterales de segundo y tercer grado, y no expresamos el primer grado en este parentesco, porque en realidad no lo hay en la computación civil que es la que aquí debemos seguir, pues como se ha de subir al tronco común y después descender al pariente cuya computación de grado se busca, resulta que siempre les separan lo menos dos grados.

indicado. Por esta razón estudiaremos en la sucesión abintestato de los colaterales llamados antes que el cónyuge viudo, los casos siguientes: 1º Caso en que concurran solos hermanos de doble vínculo. 2º Caso en que concurran hermanos de doble vínculo con otros de vínculo sencillo, ya sean consanguíneos ó uterinos. 3º Caso en que concurran solos medio hermanos, séanlo consanguíneos ó uterinos. 4º Caso en que concurran hermanos con sobrinos carnales del finado, hijos de hermano de doble vínculo. 5º Caso en que concurran hermanos con sobrinos hijos de medio hermanos, y 6º Caso en que concurran solo sobrinos, de doble ó sencillo vínculo.

En el primer caso, la división de la herencia tiene lugar por cabezas, pues así lo determina expresamente el art. 947 del Código Civil, al decir: «Si no existieren más que hermanos de doble vínculo, éstos heredarán por partes iguales». Es decir, que se harán de la herencia tantas partes por completo iguales, cuantos sean los concurrentes á ella.

En el caso segundo la división de la herencia se efectuará también *in cápita*, solo que en vez de ser por iguales partes como cuando son hermanos de doble vínculo, sucede que á éstos corresponde una doble participación que á los hermanos de vínculo sencillo. Y no se distingue de que este sea por parte del padre ó de la madre, porque la sucesión en este orden no es lineal como lo era en el antiguo Derecho civil.

En el caso tercero, ó sea cuando concurren solo medio hermanos, divídese también la herencia por cabezas, sin distinción de que sean consanguíneos ó uterinos, por la razón antes indicada de que la herencia no es lineal. Es decir, que la herencia se dividirá en tantas partes iguales cuantos sean los concurrentes, pues el grado de parentesco que todos tienen con el causante del abintestato es igual y la distinción de los bienes por su procedencia no tiene lugar (1).

Si la concurrencia es de hermanos con sobrinos hijos de hermano de doble vínculo (cuarto caso), la división de la heren-

(1) Art. 950 del Código Civil.

cia se hará *in cápita* para los primeros y por estirpes para los segundos; porque éstos son llamados al abintestato en representación de su padre, y heredarán para entre todos ellos la parte que á aquél hubiera correspondido caso de haber podido concurrir á heredar por el propio derecho que la ley le concedía. Esta parte se subdividirá á su vez en tantas porciones iguales cuantos sean los sujetos que forman la estirpe concurrente (1).

Concurriendo hermanos de doble vínculo, con sobrinos, hijos de medio hermanos, la división se hace en igual forma que en el caso anterior, solo que los sobrinos perciben solo la mitad de lo que les correspondería si fueran de doble vínculo.

Por último, concurriendo sobrinos solos, ya sean hijos de hermanos de doble ó de sencillo vínculo, todos heredarán por derecho propio, y la porción que perciban será ó no doble, según la clase de vínculo que con el causante de la herencia tuvieren. Siendo el vínculo igual (doble ó sencillo) se hará de la herencia abintestato tantas partes cuantos sean los concurrentes, pues bien expresamente así lo dice el punto segundo del art. 927 del Código Civil, cuando al hablar del derecho de representación en la línea colateral, extendido no más que á favor de los sobrinos (tercer grado civil), concluye diciendo:«Pero, si concurren solos, heredarán por partes iguales».

Como indicado dejamos, después de los parientes colaterales del tercer grado y antes que los del cuarto y siguientes, es llamado á la herencia abintestato del cónyuge premuerto el cónyuge supérstite; pero entiéndase que el llamamiento que en este lugar se hace al viudo ó viuda, es para la totalidad de la herencia en plena propiedad, y sin perjuicio de los derechos que como heredero forzoso le corresponden en los casos de abintestato aun existiendo descendientes, ascendientes ó colaterales del segundo y tercer grado; derechos cuya cuantía es diferente en cada caso, según la clase de parientes con quienes concurren, y según tam-

(1) Art. 948 del Código Civil.

bién el número de ellos cuando los concurrentes son descendientes (1).

Los derechos concedidos al cónyuge viudo en la herencia abintestato de su consorte difunto, no son tan de nueva creación como los que reconocidos tiene hoy en las herencias testadas por ser considerado como heredero forzoso en la vigente legalidad; pero sí que ha ido ganando en cuanto al momento ó lugar en que es llamado, porque en cambio de entrar á heredar en defecto de descendientes y ascendientes legítimos, de hijos naturales en la forma y porción al principio de este Capítulo indicadas y de colaterales hasta el cuarto grado inclusive, como le llamaba la Ley de 16 de Mayo de 1835, es llamado hoy para la totalidad de los bienes hereditarios después de los parientes colaterales de tercer grado, con lo cual es innegable que algo ha ido ganando (2).

La Ley civil positiva, al llamar hoy al cónyuge viudo al abintestato del premuerto, solo dice que: «A falta de hermanos y sobrinos, hijos de éstos, sean ó no de doble vínculo, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente que no estuviese separado por sentencia firme de divorcio (3);» derechos que según la misma ley expresa á continuación, se le conceden sin perjuicio de los que le correspondan cuando los herederos abintestato son descendientes, ascendientes, ó hermanos ó sobrinos del que causa el abintestato.

Dada la forma de expresión de la ley, y puesto que concurriendo solo el cónyuge viudo á la herencia, por no ser posible la concurrencia de otros en el orden que ahora estamos examinando, no pueden ocurrir dudas en cuanto á la distribución del haber hereditario, solo vamos á hacernos cargo de una cuestión que puede presentarse, deducida de los términos empleados por el legislador en el precepto transcrito.

(1) Véase lo dicho á este propósito en el Cap. XXI.

(2) Pero no es la mayor ventaja alcanzada por el cónyuge viudo en la herencia abintestato de su difunto consorte la de entrar á heredar en momento anterior al en que antes era llamado, sino en que no tiene obligación de reservar, como entonces, los bienes de abolengo.

(3) Art. 952 del Código Civil.

Nos referimos á si no habiendo añadido á los términos expresados, las palabras *ó lo estuviere por culpa del difunto....*, como hace la misma ley cuando en el art. 834 declara los derechos legitimarios del cónyuge viudo, debe ó no entenderse privado siempre el viudo del derecho á heredar abintestato á su consorte premuerto cuando al ocurrir el fallecimiento se hallen separados por sentencia firme recaída en pleito de divorcio, sea cualquiera la causa que dió lugar á este, ó tan solo cuando hubiera sido culpable el cónyuge supérstite.

Es de toda evidencia, que si nos fijáramos tan solo en la letra de la ley para resolver esta cuestión, lo haríamos declarando la negación de derechos extensiva á todo caso de separación; pero teniendo en cuenta el espíritu de aquella, es innegable que tal hecho de la separación no priva de los derechos sucesorios en el abintestato del premuerto, sino solo en el caso de hallarse separado por firme sentencia de divorcio, motivado este por culpa del que pretenda heredar. Los que otra cosa sostienen, oponen su juicio á lo que es manifiesto espíritu de la ley, é incurrir en el absurdo é inconsecuencia de suponer y querer hacer más dura y exigente á la ley cuando se trata de conceder al cónyuge derechos cuando no existen ni siquiera parientes colaterales dentro del tercer grado, que cuando se trata de una declaración de derechos á cuyo disfrute se llama al viudo ó viuda aun en concurrencia con descendientes, ascendientes y colaterales en los primeros grados, del causante de la sucesión.

No existiendo ninguna persona de las designadas en todos los llamamientos anteriores, corresponde la herencia intestada á los parientes colaterales del que la causa, hasta el sexto grado inclusive. Es decir, que faltando el cónyuge el llamamiento de los colaterales se continúa hasta el sexto grado, los cuales entran á heredar por partes iguales, sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón del doble vínculo.

Llamamiento á favor del Estado en la sucesión abintestato: condiciones para que tenga lugar y aplicación que ha de dar á los bienes hereditarios.—Hoy, lo mismo que en el Derecho civil histórico, es

el Estado un heredero en los abintestatos cuando no existen parientes colaterales dentro del grado á que la ley extiende el derecho de heredar por razón de parentesco. Pero hay una gran diferencia en cuanto al lugar en que hoy es considerado como heredero el Estado, y también por lo que respecta á la aplicación que ha de darse á los bienes que hereda; pues mientras que antes según lo dispuesto en la Ley de 16 de Mayo de 1835, solo era llamado en defecto de parientes colaterales dentro del décimo grado, hoy es tenido como heredero á falta de colaterales de sexto grado, generación á que solo se extiende el derecho de heredar en la línea colateral, y claro está que siempre á falta de descendientes y ascendientes: y por lo que dice relación al distinto destino que ha darse á los bienes, no hay más que recordar que la mencionada Ley del año 1835 aplicaba los bienes que el Estado heredaba abintestato al pago de la deuda pública, y en cambio hoy son aplicados á los establecimientos de beneficencia é instrucción por el orden que después diremos.

Pero ¿en qué razón se funda el llamamiento hecho á favor del Estado? Hay quien cree que tal llamamiento se hace porque así corresponde á los afectos humanos, razón por la cual—dicen—nada ha tenido que inventar en esto la ley, porque la naturaleza se lo ha dado todo hecho; ella es quien levantando en nuestra alma ese dulce sentimiento de amor al país que nos vió nacer, señaló al legislador la personalidad llamada á heredarnos, cuando otras de relación más íntima no existían. Según otros la razón que explica el llamamiento del Estado á los abintestatos no es otra que la de que lo que no pertenece á nadie en particular pertenece al Estado, como representante de la sociedad entera; esta máxima, que puede decirse de derecho universal, tiene además la ventaja de evitar conflictos y turbaciones que nacerían de adjudicar los bienes del difunto al primero que los ocupase.

Para nosotros, estos derechos se conceden al Estado, porque más allá del sexto grado colateral, esto es, de los hijos de primos carnales, hecha civilmente la computación, ha creído el legislador, no sin cierta verdad, que las relaciones de familia y los deberes que esta origina, son quizá menos eficaces que los

que originan las relaciones entre el individuo y su patria, á quien si debe hasta su sangre en momentos críticos y casos necesarios, no es mucho que en las relaciones de la vida normal le deba la consideración de llamarla al disfrute de sus bienes, en compensación á los beneficios que de la misma pudo recibir por su tutela y protección, cuando aquél carece de parientes con quienes pudiera presumirse deberes de más imperioso cumplimiento.

Ahora bien; tratando de determinar las condiciones ó requisitos que son necesarios para que la sucesión del Estado pueda tener lugar, diremos: que es preciso que no existan parientes del que muere abintestato, de las líneas y grados que en el curso de este Capítulo hemos estudiado, por cuya circunstancia se le dá á esta sucesión el carácter de supletoria; y además es preciso, para que el Estado pueda apoderarse de los bienes hereditarios, que preceda declaración judicial de heredero, adjudicándole los bienes por falta de herederos legítimos. Es decir, se requiere que no haya parientes de los llamadas con preferente derecho, y que esta falta se pruebe en el correspondiente expediente de declaración de heredero abintestato.

En cuanto á la aplicación que ha de darse á los bienes que el Estado hereda abintestato de los particulares, no hay más que tener presente lo que dispone el art. 956 del Código Civil, según el cual, «á falta de personas que tengan derecho á heredar conforme á lo dispuesto en las precedentes secciones (se refiere á los descendientes, á los ascendientes y á los colaterales dentro del sexto grado), heredará el Estado, destinándose los bienes á los establecimientos de beneficencia é instrucción gratuita, por el orden siguiente: 1º Los establecimientos de beneficencia municipal y las escuelas gratuitas del domicilio del difunto. 2º Los de una y otra clase de la provincia del difunto. 3º Los de beneficencia é instrucción de carácter general».

De la lectura del preinserto artículo se deduce, que la sucesión del Estado tiene un carácter especial, carácter que bien puede en realidad decirse que no pasa ni es distinto del que corresponde á los fiduciarios en la sustitución fideicomisaria, pues se vé que el Estado es simple intermediario entre el que abintesta-

to muere y los establecimientos de beneficencia é instrucción á que han de ir á parar sus bienes, pero fiduciario que por otra parte tiene el carácter y la consideración de representante de los mencionados establecimientos.

Juzgando del orden que el legislador ha fijado para determinar la preferencia entre los varios establecimientos de beneficencia é instrucción, no podemos menos de tributar un sincero aplauso á los autores del Código, porque si racional es presumir que el que abintestato muere sin dejar parientes de los que tendrían derecho á heredarle habría querido, caso de testar, que sus bienes redundaran en beneficio del Estado, no lo es menos que en tal caso habría llamado primeramente al disfrute de sus liberalidades á los socorridos y educados en los establecimientos de su propio domicilio, después á los de su provincia, y en último término á los de carácter general ó nacional; porque es racional pensar que el amor á la patria nace con el afecto al pueblo en que se vive, amamos después á nuestra provincia y región, y concluimos por amar é interesarnos por toda la nación á que pertenecemos.

Los establecimientos de beneficencia é instrucción suceden, como los particulares, en los derechos y obligaciones, y aceptarán ó repudiarán la herencia como más adelante veremos.

Legislación foral sobre sucesiones abintestato

Cataluña.—*Orden de llamamientos á la herencia intestada y forma de dividirla en cada orden.*—Son llamados á las herencias abintestato en Cataluña:

A) Los hijos legítimos y los legitimados, y los descendientes de unos y otros, pues se dá también el derecho de representación, por el cual habiendo un descendiente, son excluidos de la herencia todos los demás parientes. Pero cuando concurren descendientes de primero y segundo grado, éstos suceden por de-

recho de representación y aquellos por derecho propio, y por ello, los que concurren á la herencia por propio derecho suceden *in cápita* y los que representan á otro heredan *por stirpes*, lo mismo que hemos visto sucede por el llamado Derecho común ó de Castilla.

Los hijos naturales concurren á la herencia de sus padres con los legítimos, percibiendo distinta porción que éstos; porción que varía también según que se trate de la herencia del padre ó de la madre, pues en la paterna solo les corresponde una sexta parte, habiendo descendencia legítima y no sobreviviendo la madre, pero no habiendo tal descendencia pueden heredar por testamento todo lo que al padre pertenezca, y sobreviviendo la madre habrán de compartir con ella dicha sexta parte.

No habiendo parientes colaterales del cuarto grado civil, dicen los tratadistas, y entre ellos el Sr. Falcón, que los hijos naturales son herederos en el todo del haber hereditario del padre que muere intestado. Pero á juicio nuestro, y respetando siempre el más competente de otros escritores, creemos que hoy debe aplicarse tal doctrina en el caso en que el padre no tenga parientes colaterales dentro del tercer grado, y para ello nos fundamos en las consideraciones siguientes: Que si tal declaración se tenía admitida por así haberlo dispuesto la Ley de 16 de Mayo de 1835, que como general se había dado para toda la nación, es evidente que derogada esta por el nuevo Código en los términos que hemos visto al examinar los órdenes de llamamientos en el titulado Derecho de Castilla, es de aplicar la disposición de este, que no extiende más allá del tercer grado el primer llamamiento que hace de los colaterales. Con esto se respeta el espíritu de la Legislación de Cataluña, que no permite que sucedan á los padres los hijos naturales sino á falta de colaterales del primer llamamiento, y se cumple el precepto del art. 12 del Código Civil, según el cual, este regirá como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada provincia foral por leyes especiales.

En el abintestato de la madre heredan los hijos naturales por iguales partes que los legítimos, y si éstos no existen, perciben aquellos el todo con preferencia á los ascendientes; prefe-

rencia que también se extiende á los espúreos, cuando no existen descendientes legítimos ni naturales.

B) En segundo lugar son llamados á las herencias intestadas en Cataluña los ascendientes; pero no ya los ascendientes con exclusión de todos los demás parientes, sino en concurrencia con los hermanos de doble vínculo y sobrinos, hijos de hermanos premuertos del que causa el abintestato; rigiendo para con respecto á los ascendientes el principio de que el más próximo en grado excluye al más remoto. Es decir, que el segundo llamamiento que el derecho catalán hace en los abintestatos, es, en rigor de términos, para los ascendientes y los colaterales que la Legislación de Castilla llama antes que al cónyuge viudo; derecho que desde muy antiguo ha venido rigiendo en Cataluña por no haber tenido aplicación en dicho territorio las Leyes de Toro.

Entre los ascendientes la sucesión intestada se efectúa por líneas, siempre bajo el principio de que el más próximo excluye al más remoto, por lo que si el grado es igual la herencia se divide entre ellos por iguales partes, y si con los ascendientes concurren hermanos y sobrinos del intestado, la herencia se dividirá en tantas partes como líneas, hermanos y estirpes de sobrinos existan, percibiendo una parte cada línea de abuelos, otra cada hermano y otra cada estirpe de sobrinos.

Mas hay que advertir, que el principio de que el pariente ascendiente más próximo excluye al más remoto, tiene una excepción tratándose de la sucesión de un impúber, caso en el cual tiene aplicación el principio de troncalidad, en cuya virtud, y siguiendo la regla de *paterna paternis, materna maternis*, los bienes revierten al tronco de que proceden; sucediendo que el padre y los parientes por parte de él heredan los bienes que el impúber adquirió por la línea paterna, y la madre y los suyos los que de la materna procedan, siempre sin perjuicio del derecho de legítima y en el supuesto de que el impúber muera sin sustituto válidamente nombrado (1).

(1) Este caso especial de sucesión se rige por una Ley dada por D. Pedro III en las Cortes de Monzón el año 1363, confirmada por una sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Septiembre de 1865.

A falta de ascendientes legítimos heredan los ilegítimos, en la forma y condiciones que hemos explicado en la sucesión abintestato por Derecho común.

C) En tercer lugar son llamados en Cataluña á las herencias abintestato los colaterales, con aplicación del principio de la preferencia por la proximidad de grado, excepto en los casos en que tiene lugar el derecho de representación, concedido á favor de los sobrinos.

Dáse también preferencia en Cataluña al doble vínculo, en cuya virtud los hermanos y sobrinos que lo son de padre y madre, excluyen de la herencia á los que solo son consanguíneos ó uterinos, pues no sucede como en Castilla, que la preferencia se limita á percibir doble porción de herencia. Fuera de los casos de doble vínculo la herencia se divide por partes iguales entre los que concurren por derecho propio, y por estirpes en los casos de representación.

Después de los hermanos y sobrinos es llamado el cónyuge sobreviviente, y últimamente los parientes colaterales hasta el décimo grado, según determinaba el Derecho romano.

Aragón.—*Orden de llamamientos á la herencia intestada y forma de dividirla en cada uno.*—Cuatro son los llamamientos, por el siguiente orden: descendientes, colaterales, ascendientes y el Estado.

En el llamamiento de los descendientes están comprendidos los hijos legítimos, los legitimados por subsiguiente matrimonio y por Real gracia y los adoptivos, y no se limita á este primer grado, sino que también pueden concurrir al abintestato los descendientes de grados posteriores, porque está sancionado, lo mismo que en Castilla, el derecho de representación sin límite alguno en la línea recta descendente; heredando por cabezas los que suceden por derecho propio y por estirpes los que reclaman derechos hereditarios en representación de sus ascendientes.

Al hijo natural no le está reconocido ningún derecho abintestato en la herencia del padre, aun á falta de hijos legítimos, y únicamente percibirá lo que en vida le hubiera donado el pa-

dre. Tratándose de la herencia de la madre la opinión de los autores se presenta dividida sobre si tales hijos y los ilegítimos en general tienen ó no derechos hereditarios, muriendo aquella intestada, si bien la creencia más admitida es la de que sí pueden heredar los bienes que de la línea materna procedan, careciendo la madre de parientes legítimos, porque la ley no se muestra tan dura é insegura en sus disposiciones tratándose de las relaciones naturales y económicas entre la madre y sus hijos naturales, en razón á que la madre es siempre cierta.

Como extraño fenómeno presenta la Legislación de Aragón el caso de ser llamados los colaterales antes que los ascendientes á la herencia abintestato; sucesión que es siempre lineal, porque la herencia corresponde á los parientes de la línea de que los bienes proceden, y solo rige el principio de que el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, para aquellos bienes que el causante del abintestato adquirió por cualquier otro título que el de herencia: y aun hay quien cree que en igual forma suceden los parientes ascendientes en todos los bienes muebles aunque sean heredados á su vez por el causante de la herencia intestada, porque dicen que el principio de la troncalidad es aplicable solo á los bienes inmuebles, para atenuar de este modo la dureza del principio de que los colaterales entren á heredar antes que los ascendientes.

Al tratar de explicar el por qué del llamamiento preferente de los colaterales, dice Pórtoles que tal disposición obedece al deseo de no desmembrar el patrimonio y de conservar el lustre de los apellidos y la importancia de las casas; explicación que no es admisible, porque la sucesión de los colaterales también desmembra, quizá más que la de los ascendientes, las fortunas, por lo que con ella no sale mejor librada la aristocracia plutocrática.

Lo más cierto es, que tal principio se funda en la máxima de origen feudal, según la cual, la herencia nunca asciende sino que desciende ó se irradia, y solo por el afán de parodiar ciertas instituciones nobiliarias, como dice el Sr. Falcón, se explica el reconocimiento del principio en la Legislación aragonesa.

En Aragón el derecho de los parientes colaterales para he-

redar abintestato á los suyos no reconoce límites, y dentro de cada línea rige el principio de que el pariente más próximo excluye al más remoto, sin excepción alguna, porque el derecho de representación no se concede en dicha línea para ninguno de sus grados. Siempre la herencia es *in capita*.

Después de los descendientes que hemos designado, y á falta de todo pariente colateral, entran á heredar los ascendientes; derecho de sucesión abintestato que rara vez tendrá actuación para éstos, por eso mismo de que será raro el caso en que el causante del abintestato no tenga parientes colaterales, máxime cuando no se limita en éstos grado para suceder, sino que se extiende, podemos decir, hasta lo infinito.

Solo en una clase de bienes, y á semejanza de lo que el Derecho común tiene establecido, suceden los ascendientes con exclusión de los colaterales: tal sucede con los bienes que por causa de matrimonio ó por otro motivo cualquiera hubieran entregado los padres á sus hijos, en cuyos bienes, si los hijos mueren sin posteridad, esto es, sin descendencia legítima, les suceden los padres con exclusión de los demás parientes; principio que se hace extensivo hasta los padres naturales. Además, según dejamos indicado, los padres heredan á sus hijos antes que los colaterales en todos los bienes no procedentes de herencia, y hasta en los muebles todos sin distinguir del título de adquisición, al decir de algunos tratadistas.

En los casos en que tenga lugar la sucesión de los ascendientes, los padres heredan por cabezas, si no está claramente determinado que los bienes reviertan al tronco de que procedan, y la herencia es en todo caso lineal, debiendo dividirse por mitad entre la línea paterna y materna.

En opinión de los autores el llamamiento de los colaterales puede verse en algún caso interrumpido, por decirlo así, al pasar del cuarto grado, porque por Fuero de 1626, se concedió al Hospital de Nuestra Señora de Gracia, en Zaragoza, heredar abintestato á los enfermos y dementes de uno y otro sexo que en él muriesen sin parientes dentro del cuarto grado.

Por último, á falta de toda clase de parientes de los men-

cionados hereda el Estado, herencia que poquísimas veces tendrá lugar, por la circunstancia ya explicada de que en Aragón la sucesión de los colaterales se extiende hasta el infinito, y no como sucede en Castilla, que no pasa del sexto grado.

Navarra.—*Ordenes de llamamientos á la herencia intestada y forma de dividirla en cada uno.*—Dos sistemas distintos señalaban los antiguos Fueros para la sucesión abintestato, aplicable uno á los nobles y otro á los villanos y labradores; pero hechas desaparecer en la actualidad las distinciones de origen y de clase para los efectos del Derecho civil, solo hay hoy un sistema de sucesiones, basado sobre la que en anteriores tiempos fué ley de villanos, por ser la más general; la cual ley, si se propuso desechar instituciones feudales, no lo consiguió, sino que más bien aparentó imitarlas, como prueba el hecho de llamar en segundo lugar á los colaterales, después que á los descendientes y antes que á los ascendientes, consignando además el principio de que los bienes conquistados por los hijos ó adquiridos por donación de sus padres pasen á los hermanos y no á los padres, y en defecto de aquellos á los parientes más cercanos.

Este principio, consignado en el Cap. VI, tít. 4º, lib. II del Fuero navarro, se hizo tradicional en la legislación navarra y con su derogación no se atrevieron las Leyes Recopiladas de Navarra, del cual solo dijeron que se refería no más que á los bienes patrimoniales llamados de *abolorio*, entendiéndose por tales los que pertenecen al abuelo que sobrevive á su hijo, padre de los nietos. En todos los demás bienes son preferidos los padres, por parecer esto más *equo y justo*, dice la ley, que lo que dispone el Fuero.

Mas no es la única especialidad que la Legislación de Navarra presenta la de que para determinados bienes son llamados los colaterales con prescindencia de los ascendientes, sino que todavía dentro del llamamiento de aquellos pueden señalarse algunas particularidades con relación á lo que en este orden sucede en el llamado Derecho común, porque los hermanos y demás parientes colaterales no suceden por la proximidad de grado sal-

vando el derecho de representación á favor de los sobrinos, sino que siguiendo antiguas instituciones nobiliarias, el hermano mayor percibe la mitad de los bienes del que muere sin descendencia, si con él tenía *consorcio* en la partición, y la otra mitad se reparte con igualdad entre los demás hermanos.

Explicadas las diferencias más esenciales que separan á la Legislación de Navarra de la común, facil es deducir ya después de lo dicho, que el orden general de llamamientos á la sucesión intestada es como sigue: 1º Los descendientes. 2º Los colaterales en los bienes troncales. 3º Los padres y demás ascendientes en los bienes no troncales. 4º Los colaterales hasta el cuarto grado, en la misma clase de bienes últimamente dicha. 5º El cónyuge no divorciado. 6º Los parientes colaterales del quinto al décimo grado, ambos inclusive, excluyendo el más próximo al más remoto, y 7º El Estado.

Entre los descendientes están comprendidos los hijos legítimos, los legitimados por subsiguiente matrimonio y los naturales reconocidos, pues que éstos son los únicos ilegítimos que heredan, equiparados á los legítimos y tomando una parte tan buena como ellos. Pero el llamamiento de los descendientes no para en el primer grado, sino que existe el derecho de representación á favor de los nietos y demás descendientes, los cuales, cuando concurren, heredan por estirpes lo mismo que en Castilla.

Entre los colaterales existe también el derecho de representación á favor de los sobrinos cuando concurren con sus tíos, y se dá preferencia al doble vínculo, bien que solo á favor de hermanos y sobrinos.

Cuando los ascendientes son llamados á un *abintestato*, la división de la herencia se hace por líneas.

Vizcaya.—*Orden de llamamientos en la sucesión intestada, y forma de dividirse la herencia en cada uno.*—Pocas son las disposiciones que la Legislación de Vizcaya contiene referentes á la sucesión intestada. Solo una ley contiene su Fuero respecto á la indicada materia, rigiendo en lo demás el Derecho común.

Por esta razón son menores las diferencias que separan á

taña y otra legislación, notándose que hay igualdad en cuanto al orden de llamamientos, pues son llamados primeramente los descendientes, después los ascendientes, y, por último, los colaterales. Pero se separa notablemente el derecho de Vizcaya del de Castilla, en que aquel no admite en ningún caso el derecho de representación, y en cambio proclama el principio de la troncalidad para los bienes raíces.

Así, pues, podemos señalar como orden de suceder los diversos parientes del intestado, el siguiente: 1º Los hijos legítimos y los legitimados por subsiguiente matrimonio, con exclusión de los descendientes de posterior grado. 2º Los nietos, que por excluir como los anteriores á los descendientes de grados posteriores, suceden por cabezas. 3º Los ascendientes, cuando no haya descendiente alguno por lejano que el grado sea, y observándose con todo rigor el principio de que el más próximo excluye al más remoto; bien que sucediendo solo, por el derecho de troncalidad, en los bienes inmuebles procedentes de la línea á que el ascendiente corresponda. 4º No habiendo descendientes ni ascendientes suceden los colaterales más próximos, siguiendo el principio, por igual razón del derecho de troncalidad, de *materna maternis, paterna paternis*; esto es, que la preferencia por la proximidad de grado solo rige en cada línea, pues los parientes de una excluyen á los de la otra aunque sean más próximos en grado, si los bienes que han de heredarse proceden de aquella.

Hay que tener en cuenta, que no siendo de aplicar á los bienes muebles el principio de la troncalidad, heredan dichos bienes los ascendientes según orden y grado, y en su defecto los colaterales; sucesión que se distribuye siempre por líneas.

La sucesión del cónyuge viudo y del Estado se rige por las reglas explicadas en el llamado Derecho común.

DOCTRINA LEGAL

Art. 930 La sucesión corresponde en primer lugar á la línea recta descendente.

Art. 931 Los hijos legítimos y sus descendientes suceden á los padres y demás ascendientes sin distinción de sexo ni edad, y aunque procedan de distintos matrimonios.

Art. 932 Los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales.

Art. 933 Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales.

Art. 934 Si quedaren hijos y descendientes de otros hijos que hubiesen fallecido, los primeros heredarán por derecho propio, y los segundos por derecho de representación.

Art. 935 A falta de hijos y descendientes legítimos del difunto, le heredarán sus ascendientes, con exclusión de los colaterales.

Art. 936 El padre y la madre, si existieren, heredarán por partes iguales.

Existiendo uno solo de ellos, éste sucederá al hijo en toda la herencia.

Art. 937 A falta de padre y madre sucederán los ascendientes más próximos en grado.

Si hubiere varios de igual grado pertenecientes á la misma línea, dividirán la herencia por cabezas; si fueren de líneas diferentes, pero de igual grado, la mitad corresponderá á los ascendientes paternos, y la otra mitad á los maternos. En cada línea la división se hará por cabezas.

Art. 938 Lo dispuesto en los dos artículos anteriores se entiende sin perjuicio de lo ordenado en los artículos 811 y 812, que es aplicable á la sucesión intestada y á la testamentaria.

Art. 939 A falta de descendientes y ascendientes legítimos sucederán al difunto en el todo de la herencia los hijos naturales legalmente reconocidos, y los legitimados por concesión Real.

Art. 940 Si con los hijos naturales ó legitimados concurrieren descendientes de otro hijo natural ó legitimado que hubiese fallecido, los primeros sucederán por derecho propio y los segundos por representación.

Art. 941 Los derechos hereditarios concedidos al hijo natural ó legitimado en los dos anteriores artículos, se transmitirán por su muerte á sus descendientes, quienes heredarán por derecho de representación á su abuelo difunto.

Art. 942 En el caso de quedar descendientes ó ascendientes legítimos, los naturales y legitimados solo percibirán de la herencia la porción que se les concede en los artículos 840 y 841.

Art. 943 El hijo natural y el legitimado no tienen derecho á suceder abintestato á los hijos y parientes legítimos del padre ó madre que lo haya

reconocido, ni ellos al hijo natural ni al legitimado.

Art. 944 Si el hijo natural reconocido ó legitimado muere sin dejar posteridad legítima ó reconocida por él, le sucederá por entero el padre ó madre que le reconoció, y, si los dos le reconocieron y viven, le heredarán por partes iguales.

Art. 945 A falta de ascendientes naturales heredarán al hijo natural y al legitimado sus hermanos naturales, según las reglas establecidas para los hermanos legítimos.

Art. 946 A falta de las personas comprendidas en las tres secciones que preceden, heredarán los parientes colaterales y los cónyuges por el orden que se establece en los artículos siguientes.

Art. 947 Si no existieren más que hermanos de doble vínculo, éstos heredarán por partes iguales.

Art. 948 Si concurrieren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos de doble vínculo, los primeros heredarán por cabezas y los segundos por estirpes.

Art. 949 Si concurrieren hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquellos tomarán doble porción que éstos en la herencia.

Art. 950 En el caso de no existir sino medio hermanos, unos por parte del padre y otros por la de la madre, heredarán todos por partes iguales, sin ninguna distinción de bienes.

Art. 951 Los hijos de los medio hermanos sucederán por cabezas ó por estirpes, según las reglas establecidas para los hermanos de doble vínculo.

Art. 952 A falta de hermanos y sobrinos, hijos de éstos, sean ó no de doble vínculo, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente que no estuviese separado por sentencia firme de divorcio.

Art. 953 En el caso de existir hermanos ó hijos de hermanos, el viudo ó viuda tendrá derecho á percibir, en concurrencia con éstos, la parte de herencia en usufructo que le está señalada en el art. 837.

Art. 954 No habiendo hermanos ni hijos de hermanos, ni cónyuge supérstite, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes colaterales.

La sucesión de éstos se verificará sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón del doble vínculo.

Art. 955 El derecho de heredar abintestato no se extiende más allá del sexto grado de parentesco en línea colateral.

Art. 956 A falta de personas que tengan derecho á heredar conforme á lo dispuesto en las precedentes secciones, heredará el Estado, destinándose los bienes á los establecimientos de beneficencia é instrucción gratuita, por el orden siguiente:

1° Los establecimientos de beneficencia municipal y las escuelas gratuitas del domicilio del difunto.

2° Los de una y otra clase de la provincia del difunto.

3° Los de beneficencia é instrucción de carácter general.

Art. 957 Los derechos y obligaciones de los establecimientos de beneficencia é instrucción en el

caso del artículo anterior, serán los mismos que los de los otros herederos.

Art. 958 Para que el Estado pueda apoderarse de los bienes hereditarios habrá de preceder declaración judicial de heredero, adjudicándole los bienes por falta de herederos legítimos.

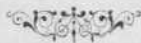
APLICACION PRACTICA

Concurriendo en la sucesión intestada sobrinos de doble vínculo con sobrinos hijos de medio hermanos, percibirán aquellos doble porción que éstos, por la preferencia que concede la ley al doble vínculo. (Sent. de 17 de Enero de 1895).

El auto que no niega en manera alguna que por haber muerto antes el heredero que el testador deba abrirse la sucesión legítima de éste, no infringe el art. 912 del Código Civil, sino que, por el contrario, limitándose á resolver que no debió prevenirse el abintestato y que se entreguen los bienes á los albaceas testamentarios, establece claramente en uno de sus fundamentos que las cuestiones relativas al mejor derecho á la herencia, deben decidirse de conformidad con las prescripciones del mencionado Código. (Sent. de 16 de Octubre de 1896).

Para que prospere la acción entablada al efecto de justificar el hecho de ser señor del dominio directo en un foro, negado por el señor del dominio útil, basta probar por cualquiera de los medios que el Derecho reconoce, que los demandantes son sucesores legítimos de aquellos que han venido figurando como señores directos del foro, y hallándose justificado este parentesco á juicio de la Sala sentenciadora, al declarar procedente la excepción de falta de personalidad en los demandantes, incurre en error de hecho é infringe el art. 114, en relación con el 930 del Código Civil. (Sent. de 7 de Noviembre de 1896).

La sentencia que accede á la demanda del pariente tronquero interpreta y aplica con rectitud la Ley XIV, tít. 20 del Fuero de Vizcaya, porque los bienes inmuebles constitutivos de una legítima en favor de los parientes propincuos tronqueros, no puede ser gravada ni dejada en usufructo á nadie que no sea próximo pariente tronquero, porque de otra suerte, el que hubiere de heredarlos, quedaría privado de una importante parte de la plena propiedad que por ministerio de la ley adquiere á la muerte del testador. (Sent. de 3 de Junio de 1896).



CAPITULO XXVII

Disposiciones comunes á las herencias por testamento ó sin él



Lo que podemos llamar última *sección* de nuestro estudio, se reduce al examen de aquellos principios legales que son de común aplicación á las sucesiones hereditarias por testamento ó abintestato, cuya materia forma el asunto del presente Capítulo y siguientes hasta la terminación del libro III del Código Civil. Así, pues, estudiaremos en esta última parte de nuestro modesto trabajo todas aquellas disposiciones de carácter legal que son comunes á las adquisiciones por causa de muerte, y comenzando por donde la Ley positiva comienza en esta materia, haremos en primer término el examen

De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda en cinta: Precedentes legales.—Afecta de una manera tan directa y trascendental á toda herencia el hecho del nacimiento de un hijo con posterioridad á la muerte de su padre, que es de suma importancia determinar con toda exactitud la relación de paternidad entre aquél que al morir causa la herencia dejando á su viuda en cinta, y el nuevo ser que al mundo viene después de la

muerte de aquél, el cual ser, se supone procreado y después nacido dentro de las condiciones propias para predicar de él la condición de *legitimidad*. Y son considerados de un poder tan grande los estímulos de codicia que las herencias despiertan, que el legislador se ha visto precisado, sin duda para evitar males que la experiencia presenta como posibles cuando no frecuentes, á tomar determinadas precauciones para evitar un fraude de las peores consecuencias, ya que por la pasión de la riqueza se llegaría al extremo de atribuir una falsa paternidad con todo el cortejo de fatales consecuencias y la necesaria perturbación en el seno de la familia legítima. Dichas precauciones, tales como dictadas las tiene la vigente legalidad, pueden reducirse á las tres siguientes: 1.^a Adopción de aquellas medidas necesarias ó convenientes para evitar la suposición de parto ó que la criatura que nazca pase por viable no siéndolo realmente. 2.^a Suspensión de la partición ó división de la herencia, debiendo prestar en el ínterin alimentos á la viuda. 3.^a Proveer á la seguridad y administración de los bienes hereditarios, cuya partición queda aplazada hasta que el parto se verifique ó pueda asegurarse que no puede ya tener lugar dentro de las condiciones legales para poder atribuir la paternidad del nuevo ser al causante de la herencia.

Pero antes de entrar á explicar el alcance y los efectos legales de cada una de las precauciones indicadas que la Ley positiva desenvuelve en varios artículos, hemos de decir algo de lo que acerca de este particular tenía determinado el Derecho histórico.

El respeto y la consideración que en todo tiempo ha merecido á los legisladores el estado del ser concebido y no nacido, para el efecto de los derechos que á la herencia de su padre premuerto habían de serle reconocidos, y por otra parte el deseo de evitar los efectos de la insana codicia humana, de temer en todo tiempo, han motivado que de antiguo se vengán dictando multitud de reglas que al propio tiempo que dejan á salvo los derechos de los póstumos, evitan en lo posible los efectos de un supuesto parto.

Ya el Derecho romano se ocupó de estas cuestiones, pero

como acertadamente dice un moderno tratadista, las fórmulas de aquella Legislación en este punto eran demasiado prolijas y complicadas, sin que de ellas se tomara nada ó muy poco para nuestras leyes, y sobre todo que no han formado nunca genuino precedente de las doctrinas por nuestras antiguas leyes establecidas en el particular que estudiamos.

Nuestro Código del Fuero Juzgo, consignó en su Ley XX, título 2º, lib. IV, los derechos del póstumo á la herencia de su padre, diciendo:«E por ende establescemos que si el marido muriere, é dexa la muier prenuada, el fio que nasciere despues sea heredado egualmientre en la buena del padre con los otros fijos.....» Pero ni esta ley, ni ninguna otra del mencionado cuerpo legal, fijan reglas que impliquen precauciones adoptadas para evitar la simulación del parto ó suplantación del hijo, como después hicieron el Fuero Real y las Partidas.

El Fuero Real, que titula á la Ley III, tit. 4º, lib. III,*Como deben ser escriptos los bienes del defuncto quando la mujer quedara preñada é no hobiere otros fijos del marido*, establece entre otras cosas: «que si el que muriere dexare mujer preñada, é no hobiere otros fijos, los parientes mas propincuos del muerto en uno con la mujer escriban los bienes del muerto ante el Alcalde; é téngalos la mujer, é si despues nasciere fijo, ó fija, é fuere baptizado, haya todos los bienes del padre: é porque no se pueda fazer engaño en la nascencia del fijo, ó de la fija, el Alcalde con los parientes sobredichos pongan dos mujeres buenas, al menos que estén delante de la nascencia con lumbré: y no entre otra mujer á aquella hora fuera aquella que la hobiere á servir á la parición: y esta sea bien catada, que no pueda fazer engaño: é si la criatura muriere antes que sea baptizada, hereden su buena los parientes mas propincuos del padre, é no de la madre: é si despues que fuere baptizada muriere heredelo la madre».

Como fácilmente se observa, la preinserta disposición legal de carácter histórico se propuso asegurar primero los derechos que al póstumo pudieran corresponder en la herencia de su padre, si naciere viable, concluyendo por determinar las formalidades que habían de cumplirse para evitar la suposición del emba-

razo y del parto. Por eso, en la mencionada disposición legal se dibujan por modo más exacto y cumplido los precedentes de las que á continuación veremos que formula la legalidad vigente con el mismo doble objeto. Pero adviértase, que según se desprende de los términos del transcripto precepto, todo lo que en él se indica había de hacerse cuando á la muerte del padre no existieran otros hijos que el concebido y no nacido.

Por último, háblase en la disposición legal referida, de la transmisión de los derechos que al póstumo hubieran correspondido en la herencia del padre, cuando aquél muere; distinguiéndose según que haya sido ó no bautizado, porque como que sin recibir el bautismo no se le reconocía personalidad civil, no podía adquirir, y por eso heredaban los parientes del padre, y siendo la heredera la madre, por una razón contraria, cuando había sido bautizado.

También el Código inmortal de las Partidas dedica algunas disposiciones á reglamentar la delicada materia de que nos venimos ocupando, y quiso ser en esto tan escrupuloso D. Alfonso el Sabio, que no sin alguna razón dice un escritor moderno que sus reglas fueron tomadas, más como guía de lo que podía hacerse, que como precepto que hubiera de observarse á la fuerza. De todos modos, hay que reconocer que si exceso de celo hubo ó pudo haber en el legislador acerca del punto que historiamos, disculpa merece tal conducta, dado lo delicada y trascendental que la cuestión se ha presentado en todo tiempo.

La Ley XVII, tít. 6º, Partida VI, es la que con más minuciosidad se ocupó de determinar el estado de observación, por decirlo así, á que quedaba sometida la viuda desde que su marido moría hasta que tenía lugar el hecho del alumbramiento, comenzando por obligar á la tal mujer á dar aviso al Juez y á los parientes más próximos de su marido, tan luego como éste fallecía, para que acordaran el reconocimiento de su preñez por cinco mujeres buenas, tras de lo cual se constituía la viuda en depósito en casa de otra mujer honrada, en habitación que tuviera una sola puerta, debiendo quedar completamente aislada al acercarse el parto y ser objeto de otro reconocimiento por otras

mujeres buenas. Al ocurrir el alumbramiento podían hallarse presentes hasta diez mujeres buenas, y seis sirvientas, ninguna de ellas preñada, y otras dos que fueran prácticas para ayudar á la parturienta.

Era tan de rigor el cumplimiento de estas formalidades y hasta el de la concierne al número de luces que en la habitación había de haber en el momento del parto, que se tenía determinado por la Legislación á que nos venimos refiriendo, que si la viuda no se prestaba á los reconocimientos y vigilancia que la ley preceptuaba, el hijo que diera á luz no se tendría por heredero de los bienes de su padre muerto.

La alta previsión que acusan las reglas del Derecho histórico que apuntadas dejamos, hizo innecesario que los posteriores legisladores se ocuparan de este particular, y por eso se explica que los cuerpos legales de tiempos posteriores ninguna modificación hicieran.

Espíritu en que se informa la legalidad vigente al prevenir los abusos de un embarazo simulado ó un parto supuesto.—Los modernos legisladores nada nos dicen en la Ley de *bases* de 11 de Mayo de 1888, que venga á explicarnos cuál es el espíritu informante de los preceptos que en el nuevo Código Civil se contienen referentes á los indicados extremos; pero como es sabido, en la *base* 15 de la mencionada Ley se establece que se mantendrá en esencia la legislación en aquella fecha vigente en materia de sucesiones, cuya ordenación y metodización se acordó, como asimismo el completar aquella doctrina con cuanto tendiera á asegurar la verdad y fiel aplicación de los principios referentes á las sucesiones hereditarias. Con este antecedente ya podemos asegurar que la vigente legalidad se informa en los citados precedentes, para la seguridad de los derechos que sobre la herencia puedan corresponder al póstumo. Pero el moderno legislador se separa, y es bien que así lo haga, de aquel rigorismo de las leyes históricas que podía considerarse en parte como atentatorio al respeto debido al pudor del sexo y al estado de preñez.

Preveniones del Derecho civil vigente para evitar los efectos de un supuesto alumbramiento.—En primer término, dice la Ley po-

sitiva, que «cuando la viuda crea haber quedado en cinta, deberá ponerlo en conocimiento de los que tengan á la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer ó disminuir por el nacimiento del póstumo». Este aviso no tiene otro objeto, según se deduce de lo dicho en el artículo siguiente, que el de que los interesados en la herencia á los que pueda afectar el nacimiento de un nuevo heredero, puedan pedir al Juez municipal ó al de primera instancia, donde lo hubiere, que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición de parto ó que la criatura que nazca pase por viable (1) no siéndolo en realidad.

Como se ve, no determina la vigente legalidad cuáles han de ser las precauciones que se adopten, de cuyo silencio se deduce, que quedan al prudente arbitrio del Juez, al que solo se le ordena que las medidas que dicte no ataquen al pudor ni á la libertad de la viuda.

Mas hay que advertir, que no en todo caso tiene la viuda la obligación de dar el aviso de que queda hecha referencia, pues está por la ley (2) relevada de hacerlo, cuando el marido hubiere reconocido en documento público ó privado la certeza de la preñez de su esposa; porque se entiende que de ningún otro modo puede cumplirse más directa y fielmente el fin que con el aviso se propone el legislador.

Pero no basta que la viuda dé noticia de su embarazo á los que tengan á la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer ó disminuir por el nacimiento del póstumo; es necesario que aparte este aviso, ó en su defecto el reconocimiento que el marido dejare hecho en documento público ó privado del estado de preñez de su mujer, al aproximarse la época del parto, la viuda lo ponga en conocimiento de los mismos interesados, quienes tendrán derecho á nombrar persona de su confianza para que se cerciore de la realidad del alumbramiento; y si la persona designada fuere rechazada por la paciente, hará el Juez el nom-

(1) Se tiene por viable al feto que nace con figura humana y vive veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno (Art. 30 del Código Civil).

(2) Art. 963 del Código Civil.

bramiento, debiendo este recaer en facultativo ó en mujer (1). Es decir, que la viuda no cumple con el primer aviso de que dejamos hecho mérito; y se comprende que así sea, porque el momento más decisivo, por así decirlo, es aquel en que el parto tenga lugar, por ser cuando es mayor el peligro de que se realice una infame suplantación, con ó sin el consentimiento y aquiescencia de la madre, según los términos en que conviniera cambiar la realidad del acontecimiento. El aviso del hecho del embarazo tiene por objeto el poder llevar á cabo, siempre por acuerdo del Juez, y no siendo atentatorias al decoro de la viuda, las observaciones que se estimen pertinentes para evitar una preñez simulada; y el de la proximidad de la época del parto evitar una falsedad en este, ora suponiendo un alumbramiento cuando en realidad no pudo tener lugar, ora haciendo pasar como viable al tierro ser que no reúne las condiciones legales de viabilidad.

Tales son, en suma, las formalidades que la vigente Ley positiva exige para evitar un fraude en los casos en que la viuda manifiesta quedar embarazada cuando su marido muere; y no otras pueden exigirse, si es que no se ha de privar á la viuda de la libertad que su mismo decoro reclama, siendo su honradez la más firme é insustituible garantía de su conducta, pues nada suponen las trabas que los convencionalismos sociales la quieran imponer cuando su voluntad sea contraria á los respetos que debe á aquél que en vida fué su inseparable compañero.

Personas á quienes la ley se refiere al hablar de la obligación de noticiar el hecho del embarazo y del parto, y quiénes otras tienen derecho á recibir tales avisos.—Por la forma en que los modernos legisladores han redactado los preceptos legales que examinados dejamos, parece referirse las precauciones que en ellos se consignan solamente á la herencia del cónyuge premuerto cuando su viuda queda en cinta, y dentro de este caso, no tan solo cuando su marido al morir no deja otros descendientes que el que se espera del presunto embarazo, como estableció en algún tiempo nuestro Derecho civil histórico, sino que la obligación de los avi-

(1) Art. 961 del Código Civil,

ños que á la viuda que cree haber quedado en cinta impone, tienen inmediata aplicación lo mismo al caso en que el difunto es-
poso tuviera otros descendientes, ya hubieran sido habidos con
la misma mujer, ya con otra anteriormente; y esto, aun á costa
de lo inmoral que hasta cierto punto resulta someter á la madre
al cumplimiento de tal obligación respecto á sus mismos hijos,
por la intervención que en tan enojoso asunto habrá que dar á
personas extrañas.

Lo que de los términos de la ley no se deduce por modo
tan claro y manifiesto es, si sus prescripciones pueden aplicarse
igualmente á otros casos en que la adopción de las medidas ex-
plicadas pueda ser útil y hasta necesaria. Tal sucedería cuando
muriera intestada una persona que no dejara descendientes ni as-
cendientes legítimos, legitimados ni naturales y sí hermanos, pe-
ro uno de ellos fallece al mismo tiempo dejando á su mujer en
cinta. En este caso existe de igual modo la razón en que se fun-
dan las precauciones que es regla de ley y de prudencia adoptar
para que los derechos eventuales de ese póstumo no sufran me-
noscabo, como asimismo para no dar lugar á que por virtud de
un simulado parto se perjudiquen los derechos de las personas
ya existentes en el momento de ocurrir el fallecimiento que cau-
sa la herencia; pero es fuerza reconocer que la Ley positiva no
alude á este caso, y en tal supuesto entendemos que solo es da-
ble la aplicación de iguales medidas cuando se estime procedente
por los jueces, según su prudente arbitrio, y no sean contradichas
por los que se crean perjudicados.

Efectos de la omisión de las diligencias pertinentes para evitar la simulación del embarazo ó del parto.—Después de haber habla-
do los modernos legisladores de las precauciones para evitar el
fraude en el punto que venimos considerando, establecen por
modo expreso en el art. 962 del Código Civil, que la omisión de
tales diligencias no perjudicará á la legitimidad del parto, la cual,
si fuere impugnada, podrá acreditarse por la madre ó el hijo, de-
bidamente representado; y la acción para impugnarla por parte
de los que tengan este derecho prescribirá á los dos meses si-
guientes á la inscripción del nacimiento en el Registro civil, si el

que ha de ejercitarla se hallare en el lugar donde el parto tenga lugar, y estando ausente, el plazo será de tres meses si residiere en España y de seis si fuera de ella. Si el hecho del nacimiento se hubiere ocultado, el término comenzará á contarse desde que se descubra el fraude.

Hay quien cree, que la disposición del artículo citado, relacionada con la contenida en el 113 del Código Civil, ha derogado la consignada en el 108 del mismo, en cuanto á la presunción de la legitimidad: porque en el caso en que la viuda no cumpliera con la obligación de avisar que hemos visto que tiene, el hijo se presume legítimo para todos los efectos, y para los heredarios sino fuese impugnada su legitimidad, dado caso de que naciera antes de los trescientos días siguientes á la disolución del matrimonio; pero impugnada la legitimidad, no serán los impugnadores los que tengan que suministrar la única prueba de que habla el segundo párrafo del art. 108, sino que será la madre ó el hijo los que estarán obligados á acreditar la legitimidad por otros medios legales distintos de la presunción establecida en el artículo citado. Pero á juicio nuestro no es admisible tal opinión, sino que, por el contrario, entendemos que uno y otro precepto se armonizan perfectamente, y para convencerse de ello basta considerar el especial objeto de cada uno de los relacionados preceptos: en el art. 962 se establece que la omisión de las obligaciones impuestas á la viuda que queda en cinta, no perjudicará á la legitimidad del parto, cuya legitimidad, siendo impugnada, podrá probarse por la madre ó el hijo; y el contenido del 108 se refiere solo á la declaración de esa misma legitimidad mediante una presunción, que solo puede ser destruida probando la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo: y téngase en cuenta que la imposibilidad física de que habla el artículo mencionado, se refiere no solo al caso de impotencia, sino también á la ausencia de uno de los cónyuges, según tiene declarado recientemente el Tribunal Supremo.

Efectos que la preñez de la viuda produce en lo referente á la herencia.— Como el resultado del embarazo afecta de modo tan

directo á los derechos hereditarios, dado el carácter de eventualidad que tienen los que pueden corresponder al póstumo en la herencia, la división de esta queda en suspenso hasta que se verifique el parto ó el aborto, ó resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba en cinta: en ese tiempo se proveerá á la seguridad y administración de los bienes hereditarios en la forma que la Ley de Enjuiciamiento civil (1) establece para el juicio necesario de testamentaría, y el administrador no podrá hacer otra cosa que implique transferencia de los bienes hereditarios, sino pagar á los acreedores, previo mandato judicial. Con relación á este último inciso del art. 966 del Código Civil..... *el administrador podrá pagar á los acreedores, previo mandato judicial*, pueden presentarse varias dudas y cuestiones, pues como acertadamente observa el señor López R. Gómez, ocurre preguntar: ¿el pago á los acreedores ha de hacerse con las rentas ó con el caudal hereditario? Suponiendo que ha de pagarse con los bienes, ¿cuáles han de ser y cómo se ha de proceder á su venta? ¿Tienen igual derecho todos los acreedores á ser pagados por el administrador judicial? El derecho de la viuda á percibir alimentos durante la gestación, ¿es ó no preferente al de los acreedores para el cobro de sus créditos?

Dada la vaguedad que envuelve la fórmula legal de referencia, las indicadas cuestiones no pueden ser resueltas cumplidamente, porque se carece de un seguro fundamento, toda vez que tampoco la Ley de Enjuiciamiento civil nos presenta criterio para ello. Y la situación es más difícil por tratarse de una herencia en que hay un presunto heredero á quien por la ley se guarda especialísima consideración, pues aunque no nacido, se supone que nacido está para todo aquello que pueda redundar en beneficio de él y aumento de su fortuna.

Nosotros entendemos, salvando toda otra más autorizada opinión (si existe, nos es desconocida), que los pagos para que la ley faculta al administrador han de hacerse primeramente con las rentas, y cuando estas no bastaran con el numerario que en

(1) Art. 1,096 y siguientes de la mencionada Ley.

la herencia exista, y si no lo hay y los demás interesados en la herencia no lo aprontan, podrá promover el administrador la venta de los bienes muebles; y, no alcanzando estos, la de los inmuebles, con intervención de los demás herederos. Hecha así la venta, no puede presumirse perjuicio para el póstumo, pues hay que estimar como suficiente garantía contra los posibles abusos la intervención que á la autoridad judicial se dá acordando la venta (1) y la que se concede á los demás interesados en la herencia, quienes de consentir una venta perjudicial para el menor no saldrían ellos muy favorecidos con la operación: son intereses que en este punto marchan de acuerdo, y por ello, lo que es garantía para unos lo es para todos.

Respecto al orden en que los acreedores tendrán derecho á ser reintegrados en sus créditos, creemos que no hay más que tener en cuenta la doctrina legal referente á la prelación de créditos, desmenuada en el art. 1,926 y siguientes del Código Civil, y proceder conforme á ella, pues la condición legal que el acreedor tenga no puede variar por el accidente de haber de respetar los derechos que al póstumo puedan corresponder.

Por último; creemos que el derecho que la viuda tiene á recibir alimentos no es ni puede ser preferente al que los demás acreedores tienen para el cobro de sus créditos: y la razón es bien sencilla, pues que si el derecho de la viuda á los alimentos se funda en la participación que al póstumo pudiera corresponder en la herencia, si naciera y fuera viable, y esos mismos derechos presuntos del póstumo no son obstáculo para que los acreedores realicen sus créditos, con menos razón todavía puede serlo las facultades que se predicán de tales derechos, á menos que no quiera concederse una mayor importancia y trascendencia á lo que es puramente efecto que á la causa.

Durante ese estado en que la división de la herencia queda

(1) Hay que suponer que al acordar la venta ha de haber precedido la correspondiente declaración de necesidad ó utilidad como si en la herencia hubiera algún menor.

en suspenso por el embarazo de la viuda, ésta deberá ser alimentada de los bienes hereditarios, aun cuando sea rica, habida consideración á la parte que en ellos pueda tener el póstumo si naciera y fuere viable (1).

El Sr. Navarro Amandi, al comentar esta disposición legal, se pregunta si la viuda que pide dichos alimentos necesita justificar que se halla en cinta, y resuelve la cuestión afirmativamente, porque habiendo prescindido el nuevo Código Civil de toda regla ó medio de prueba para la certeza del embarazo, y dado el texto terminante de la nueva Ley positiva, del cual se deduce que la circunstancia de hallarse en cinta es la base de la pretensión, deberá la viuda justificarla cumplidamente.

Hay quien, por el contrario, cree que no puede exigirse á la viuda la justificación de su estado de preñez, y los que así discurren se adelantan á contestar á la objeción que puede hacérseles de que por este procedimiento pueden perjudicarse los derechos de los demás herederos, diciendo: y si no resultase luego cierto el embarazo, los alimentos que por tal supuesto haya percibido la viuda podrán ser compensados á su tiempo, liquidando los que por todos conceptos pudieran corresponderla en los bienes, y también con los que todo interesado en la herencia tiene derecho á percibir hasta el momento de la división y adjudicación de los bienes hereditarios.

A juicio nuestro, no es necesaria tal justificación, y al así afirmarlo, nos fundamos en el espíritu de la legalidad vigente en la materia que forma el asunto de este Capítulo, según la cual, ni se prescriben ni se permiten investigaciones odiosas, ni nada que ataque á la libertad de la viuda. Por eso, seguramente, no ha seguido el nuevo Código Civil el criterio que en la materia seguía el proyecto de Código del año 1851, según el cual, cuando el resultado de las diligencias de averiguación era contrario á la certeza de la preñez, si la viuda insistía en su afirmación de hallarse en cinta, debía el Juez señalarle casa honesta donde fuese guardada; guardando la viuda este mandato, tenía derecho á ali-

(1) Art. 964 del Código Civil.

mentos; quebrantándole, lo perdía, á no ser que resultase cierta la preñez por averiguaciones posteriores. Cuando el vigente Código no habla así, repetimos, no creemos que sea necesaria la justificación del hecho de la preñez para que la viuda reciba alimentos con cargo á la herencia durante el tiempo de la gestación, ó hasta que, por el transcurso del tiempo, se adquiriera la evidencia de que no era cierto el estado de preñez; respondiendo, es evidente, en este caso, de los gastos por tal supuesto causados, los cuales gastos habrá de reintegrar ó se le imputarán en los derechos que en la herencia le correspondan.

Efectos del nacimiento del póstumo, ó del aborto ó resolución del falso embarazo.—La condición que el estado de preñez de la

viuda supone con relación á la herencia, queda resuelta por el hecho de haber nacido el feto con figura humana y vivir veinticuatro horas desprendido del claustro materno, ó por haber tenido lugar el aborto ó transcurrido el término máximo de la gestación, que, como es sabido, y siempre con el carácter de mero supuesto, se señala en los trescientos días, aquí contados desde que el fallecimiento del marido tuvo lugar. En el primer supuesto, esto es, cuando el nacimiento del póstumo ha tenido efecto dentro de las condiciones de viabilidad, éste viene á ser un nuevo heredero que comparte con los demás y en porción igual los derechos hereditarios si se trata de una sucesión abintestato, y si de una testamentaria, le corresponderán cuantos derechos á su vez le haya declarado el testador, y si éste nada expresó y es heredero forzoso el póstumo, por tratarse de sucesor en la línea recta descendente, quedará anulada la institución de heredero, bien que siendo válidas las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas. Pero si el testador dejó al póstumo en el testamento ó por cualquier otro título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma la persona que le represente, y las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima del póstumo se reducirán, previa petición, en lo que fueren inoficiosas ó excesivas.

* Los indicados efectos, que son los principales que produce el hecho del nacimiento del póstumo cuando es descendiente por

línea directa del causante de la herencia, pueden reducirse á la siguiente conclusión: Que si los demás herederos son también descendientes se ven limitados sus derechos á la herencia por los que al póstumo correspondían; y si tales herederos fuesen parientes de otra clase con relación al causante de la herencia, y esta es intestada, quedan totalmente extinguidos los derechos de dichos herederos, quienes en realidad solo lo fueron *presuntos*. Todo ello porque los efectos del nacimiento del póstumo, cuando tiene lugar dentro de las condiciones legales, se retrotraen al tiempo de causarse la herencia, esto es, al momento de fallecer la persona de quien el póstumo es heredero forzoso, pues sabido es que á los concebidos y no nacidos se les considera como si nacidos estuvieran para todo aquello que les pueda favorecer.

Si, por el contrario, el póstumo no nace con las necesarias condiciones de viabilidad, la suspensión que durante el tiempo de su gestación sufrió la herencia para los efectos de ser dividida y adjudicada una parte á cada uno de los herederos, por no tener seguridad de cuantos fueran éstos hasta que el alumbramiento se efectuara, cesa en el momento, como igualmente si sobreviene un aborto; y en tales supuestos la herencia se distribuirá y adjudicará en la misma forma y condiciones en que se hubiera distribuido y adjudicado al fallecer el causante de la misma sin haber dejado á la viuda en cinta; porque también en estos casos los efectos que tales acontecimientos producen se retrotraen como en el caso anterior, si bien en sentido contrario, al momento en que la herencia fué causada: los eventuales derechos de los en aquel instante herederos forzosos quedan consolidados.

DOCTRINA LEGAL

Art. 959 Cuando la viuda crea haber quedado en cinta, deberá ponerlo en conocimiento de los que tengan á la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer ó disminuir por el nacimiento del póstumo.

Art. 960 Los interesados á que se refiere el precedente artículo podrán pedir al Juez municipal, ó al de primera instancia donde lo hubiere, que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición de parto, ó que la criatura que nazca pase por viable, no siéndolo en realidad.

Cuidará el Juez de que las medidas que dicte no ataquen al pudor ni á la libertad de la viuda.

Art. 961 Háyase ó no dado el aviso de que habla el art. 959, al aproximarse la época del parto, la viuda deberá ponerlo en conocimiento de los mismos interesados. Estos tendrán derecho á nombrar persona de su confianza, que se cerciore de la realidad del alumbramiento.

Si la persona designada fuere rechazada por la paciente, hará el Juez el nombramiento, debiendo este recaer en Facultativo ó en mujer.

Art. 962 La omisión de estas diligencias no perjudicará á la legitimidad del parto, la cual, si fuere impugnada, podrá acreditarse por la madre ó el hijo, debidamente representado.

La acción para impugnarla por parte de los que

tengan este derecho, prescribirá en los plazos señalados en el art. 113.

Art. 963 Cuando el marido hubiere reconocido en documento público ó privado la certeza de la preñez de su esposa, estará ésta dispensada de dar el aviso que previene el art. 959, pero quedará sujeta á cumplir lo dispuesto en el 961.

Art. 964 La viuda que quede en cinta, aun cuando sea rica, deberá ser alimentada de los bienes hereditarios, habida consideración á la parte que en ellos pueda tener el póstumo, si naciere y fuere viable.

Art. 965 En el tiempo que medie hasta que se verifique el parto, ó se adquiriera la certidumbre de que este no tendrá lugar, ya por haber ocurrido aborto, ya por haber pasado con exceso el término máximo para la gestación, se proveerá á la seguridad y administración de los bienes en la forma establecida para el juicio necesario de testamentaria.

Art. 966 La división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto ó el aborto, ó resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba en cinta.

Sin embargo, el administrador podrá pagar á los acreedores, previo mandato judicial.

Art. 967 Verificado el parto ó el aborto, ó transcurrido el término de la gestación, el administrador de los bienes hereditarios cesará en su encargo y dará cuenta de su desempeño á los herederos ó á sus legítimos representantes.



CAPITULO XXVIII

De la aceptación y repudiación de la herencia



A legalidad vigente examina en segundo término entre las disposiciones comunes á la herencia por testamento y sin él, las cuestiones referentes á la reserva de bienes, y seguidamente el llamado derecho de acrecer; todo ello antes que la doctrina legal referente á la aceptación y repudiación de la herencia. Nosotros, en cambio, invertimos este orden de exposición y examinamos antes lo concerniente á los extremos últimamente indicados, por estimar que así lo exige el menos meditado plan, pues si la obligación de reservar no nace sino cuando la herencia se ha aceptado, y el derecho de acrecer es, por otra parte, natural consecuencia de la repudiación de los derechos hereditarios, lógico es que examinemos en primer término los supuestos; esto es, aquello que sin impropiedad puede llamarse la causa, para de este modo conocer mejor y explicarnos con más facilidad y por más racional procedimiento los efectos.

Concepto y naturaleza especial de los términos *aceptación y repudiación de la herencia.*—No basta que el testador nombre ó la Ley positiva señale quién ó quiénes son las personas que han de

tenerse por sucesores de aquél que fallece, porque si bien es cierto, como en su lugar oportuno dijimos (1), que los derechos á la sucesión de una persona *nacen* desde el momento en que ésta muere, también es innegable que la concreción de tales derechos no tiene lugar hasta tanto que el sucesor no muestra de algún modo su conformidad con la voluntad del testador ó con la declaración de derechos que á su favor hace la ley. Es decir, que la subrogación de la personalidad del finado por la de aquél que él mismo ó la ley llama heredero, no se verifica por el solo hecho del fallecimiento del sucedido, sino que para ello es necesaria la aquiescencia, el consentimiento del heredero, por cuya razón decimos en el Capítulo de referencia, que no es cierto que tales derechos se *transmiten* desde la muerte de la persona á quien se sucede, sino que lo que sucede es que dichos derechos *nacen*, necesitándose la posterior voluntad del sucesor para que pueda estimarse como verdadero continuador de la personalidad del difunto. Y es racional que así se entienda, porque sucediendo el heredero lo mismo en las obligaciones que en los derechos, siempre que unos y otros tengan la condición de transmisibles, la justicia y la equidad reclaman que la sucesión hereditaria, para producir todos sus efectos, solo se debe entender que es perfecta cuando el sucesor ha mostrado su conformidad, al igual que perfectos se estiman los contratos cuando los contratantes han prestado el consentimiento. La Ley positiva que declara heredero á un pariente, y la voluntad del testador que designa á otra persona por su continuador, no hacen otra cosa que establecer una presunción, que puede ser destruida por la voluntad contraria de la persona designada para tal efecto.

De las anteriores consideraciones generales se deduce, que la aceptación de la herencia es el complemento necesario para que la declaración del testador ó de la ley nombrando heredero pueda tener exacto cumplimiento; y según esto, por aceptación de la herencia hemos de entender: *el acto por el cual el sucesor que el testador se nombra ó la ley designa, manifiesta su volun-*

(1) Cap. IV.

tad de querer la subrogación que la sucesión hereditaria supone, haciendo suyos los derechos y obligaciones transmisibles que al causante de la herencia correspondían. Es decir, que el acto volitivo del heredero, mediante el cual se confirma esa transmisión de derechos y obligaciones que la ley no puede declarar por su propio ministerio y solo sí presumir, es lo que hace que la sustitución que la sucesión supone quede perfecta.

El Sr. Escrich, en su *Diccionario de Legislación*, dice que es la aceptación de la herencia «aquel acto por el cual la persona á cuyo favor se defiere una herencia por testamento ó abintestato, hace conocer su resolución de tomar la calidad de heredero y de cumplir las obligaciones que tal carácter impone.»

Los que parten de la afirmación legal (1) de que los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, ven solo en la aceptación de la herencia la confirmación de la transmisión que se ha operado en virtud de la declaración de la ley, y dicen que la voluntad del aceptante interviene, no para que entre en su dominio la herencia, sino para confirmar lo que la ley ha hecho. Pero nosotros, que no admitimos que la ley por sí pueda declarar la transmisión, creemos que la aceptación de la herencia es acto de más significación: la estimamos como verdadera causa inmediata de esa transmisión de derechos y obligaciones de la cual es causa mediata ó remota la voluntad del testador ó la declaración de la ley; y significamos que es acto volitivo de la *subrogación* que la sucesión hereditaria supone, porque, como afirmado tenemos, toda sucesión de esta clase no es para nosotros otra cosa que la sustitución, por fallecimiento, de una personalidad jurídica por otra.

Si la aceptación de la herencia es lo que dejamos explicado, y la palabra *repudiar* tiene un significado contrario á la de *aceptar*, infiérese de aquí que la repudiación es el término opuesto á la aceptación, habiendo por ello de definirla como *el acto por el cual el sucesor que el testador se nombra ó la ley designa,*

(1) Art. 657 del Código Civil.

manifiesta su voluntad de no querer la subrogación que la sucesión hereditaria supone. Es decir, que la repudiación de la herencia no es otra cosa, en suma, que la prueba que destruye la presunción que la ley formula, de que el nombrado heredero es el continuador de la personalidad jurídica del finado.

Consideraciones históricas sobre la significación que alcanzaron los actos de aceptar ó repudiar la herencia.—Era la aceptación de la herencia en el Derecho romano un acto de tanta significación é importancia, que sin aquella especial formalidad quedaban invalidadas cuantas disposiciones el testador había ordenado, pues no otra cosa podía declararse dentro de aquel rigorismo de principios en materia de sucesiones. Hacíase en aquel pueblo necesaria la aceptación de la herencia, porque solo así podía tener lugar aquella necesaria continuidad de la personalidad jurídica del finado, lo mismo para los efectos civiles y políticos que para los religiosos; y decimos necesaria continuidad, porque necesario se hacía dentro de aquellas costumbres tener un sucesor que aceptase la herencia, si es que no había de quedar rebajada la memoria de su causante: por eso había casos en que la herencia se transfería *necesariamente* por propio ministerio de la ley, y entonces el heredero se hacía responsable de las cargas hereditarias hasta gravar sus propios bienes, si era preciso, para satisfacer los compromisos del finado, de quien se tomaba como representante en un todo y para todo.

Pero andando los tiempos, y dentro del mismo Derecho romano, fué cediendo el rigorismo de los principios en punto á la consideración y trascendencia que la aceptación ó repudiación de la herencia tenían, pasando de la significación de acto necesario impuesto por la ley en muchos casos, como indicado dejamos, á la condición de acto libre, para lo cual contribuyó no poco el llamado Derecho pretorio, que dejó en libertad al heredero para aceptar ó repudiar voluntariamente la herencia y llegó hasta determinar el alcance de su responsabilidad; que no excedía del valor de los bienes hereditarios, si la aceptación se hacía en determinada forma, pues no quisieron los Pretores que siguiera confundíendose la personalidad que al heredero correspondía por

propio derecho, con aquella que debía tener como continuador de la personalidad del que causaba la herencia.

Las doctrinas del Derecho romano influyeron poderosamente entre nosotros al publicar D. Alfonso el Sabio su Código inmortal de las Partidas; y fué preciso que se publicase más tarde el famoso Ordenamiento de Alcalá y que se dijera en su Ley única del tít. 19, que ni la institución de heredero ni la aceptación de la herencia eran necesarias para la validez del testamento, para que quedara restablecida la doctrina en este punto sustentada por nuestro genuino Derecho civil patrio. Desde entonces la no aceptación de la herencia ha venido siendo acto libre, lo mismo que la aceptación, y la falta de esta ha sido considerada como un simple accidente en la sucesión, que no quita ni dá valor en la herencia testada nada más que en lo que afecta á la institución de heredero, quedando válidas las demás disposiciones que el testamento contenga, pues la validez ó nulidad del testamento todo no quedó, ni quedar debía, dependiendo exclusivamente de la voluntad del nombrado heredero. Y se explica que así haya venido entendiéndose, una vez aceptado el principio de la no confusión de la personalidad del sucesor con la que correspondía al causante de la herencia.

Las mismas doctrinas que el Ordenamiento de Alcalá, desarrollaron nuestras leyes posteriores en el punto que estudiamos, pues todas ellas expresan un espíritu de marcada reacción contra los principios del Derecho romano en estos particulares; y asimismo las sigue nuestro moderno Código Civil, como á continuación veremos, pues no es su espíritu que la herencia se transmita por simple ministerio de la ley, sino que requiere la aceptación del heredero, por determinación de su propia y espontánea libertad.

Carácter é importancia que en la actualidad tienen los actos de aceptación y repudiación de la herencia —Lo mismo la aceptación que la repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres. Así lo proclama el art. 988 del nuevo Código Civil, y así lo reclaman la razón y la justicia; porque si toda herencia es beneficiosa al heredero, hablando en términos genera-

les, nada más justo, racional y equitativo que dejarle en absoluta libertad para que la acepte ó repudie, como aceptar ó repudiar puede cualquier beneficio que en su exclusivo provecho se constituya; doctrina mucho más aceptable hoy, en cuanto que no se siente la necesidad que en otros remotos tiempos hubo de que por la herencia se produzca una verdadera confusión entre las personalidades del que la causa y aquél que es su heredero.

Al dar la legalidad vigente el carácter de acto voluntario y libre á la aceptación ó repudiación de la herencia, no hace otra cosa que sancionar lo que preceptuado tenía la Ley de 11 de Mayo de 1888, cuya *base* 18 establece en su última parte, que en las reservas, el derecho de acrecer y la *aceptación y repudiación de la herencia* se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, en aquella época explicadas y completadas por la Jurisprudencia.

Mas debemos dejar advertido, que si bien la aceptación es por regla general acto enteramente voluntario y libre del heredero, ocurre, no obstante, que en algunos casos hay como cierta obligación de aceptar, mejor dicho, no se puede repudiar la herencia, y en tal supuesto parece como que la aceptación es forzosa. Tal sucede cuando el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, en cuyo caso podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél; entendiéndose que la aceptación solo aprovechará á los acreedores en cuanto baste á cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará á las personas á quienes corresponda, según las reglas establecidas en el Código (1). Y también puede considerarse como caso de aceptación forzosa de la herencia, cuando los herederos sustraen ú ocultan algunos efectos de la herencia, pues en tal supuesto la ley (2) les niega la facultad de renunciarla, y quedan con el carácter de herederos puros y simples, sin perjuicio de las penas en que hubiesen podido incurrir.

(1) Art. 1,001 del Código Civil.

(2) Art. 1,002 de id. id.

Es también carácter de la aceptación y repudiación de la herencia la irrevocabilidad, pues bien claramente expresa la Ley positiva (1), que «la aceptación y la repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables, y no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen de alguno de los vicios que anulan el consentimiento, ó apareciese un testamento desconocido».

Explicando este precepto legal el Sr. Navarro Amandi, dice que la aceptación y repudiación de la herencia pueden impugnarse por las causas siguientes: 1ª Por faltar alguno de los requisitos sin los cuales no puede decirse que hay aceptación ó repudiación, como si no estuviese abierta la sucesión ó el heredero no estuviese cierto de la muerte del testador ó de su derecho á la herencia. 2ª Por nulidad en razón á la forma en que se hayan otorgado, como si la mujer aceptó sin la licencia del marido, ó la judicial en su caso, ó si se renunció en forma distinta de la exigida en el art. 1,008. 3ª Por adolecer de cualquiera de las causas que vician el consentimiento, como el error, la violencia, la intimidación y el miedo. 4ª Por la aparición de un testamento por el cual quede sin efecto el llamamiento de los que aceptaron ó repudiaron la sucesión, ó que manteniendo los mismos llamamientos alteren las condiciones ó circunstancias de estos ó de la herencia.

Pero si la aceptación ó adición de la herencia no es hoy necesaria para que las demás disposiciones del testamento produzcan efecto, hácese, sí, precisa para que el nombramiento de heredero produzca todos y cada uno de los efectos que por la misma Ley positiva se declaran, pues como dejamos dicho, el solo hecho de la muerte del testador no produce como necesaria consecuencia la transmisión de los derechos hereditarios al que es designado heredero, sino que es precisa la manifestación de la voluntad del sucesor conforme con la del causante de la herencia, desde cuyo momento puede decirse con entera verdad que la sucesión hereditaria queda perfecta. Y si esto es así y no puede menos de serlo, puesto que nadie contra su voluntad puede adquirir bienes de otra persona, y mucho menos obligaciones, dedúcese

(1) Art. 907 del Código Civil.

de ello la gran importancia que el hecho de la aceptación presenta actualmente, porque solo mediante ella queda perfecto el título traslativo del dominio de los bienes hereditarios. Hasta que la aceptación de la herencia no ha tenido lugar, el nombrado heredero por el que la causa ó por ministerio propio de la ley, no puede llamarse continuador de la personalidad jurídica del finado, en el sentido que hoy puede decirse continuador al heredero: antes de la aceptación no existe más que una mera presunción de que la persona designada por el testador mismo ó por la ley, es la que representa los derechos y obligaciones transmisibles de aquél que causa la herencia; presunción que admite como prueba contraria la manifestación del heredero que repudia, y que no faculta á los acreedores del finado á demandar con éxito desde luego al que es nombrado heredero, porque éste puede oponer á la demanda que no aceptó la herencia, y si no ha transcurrido el término para deliberar, el demandante que afirme el hecho de la aceptación tendrá que justificarlo.

Condiciones necesarias para aceptar ó repudiar una herencia.— Para que la aceptación ó repudiación de una herencia pueda tener lugar, es necesario que haya ocurrido el fallecimiento de la persona cuyos eran los bienes hereditarios, y que el heredero tenga certeza de su derecho á ellos. Por eso dice el art. 991 del Código, que «nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona á quien haya de heredar y de su derecho á la herencia.»

Pero no basta lo dicho para que la aceptación ó repudiación puedan tener lugar, sino que es además preciso que el heredero ó herederos tengan la necesaria capacidad legal para realizar tales actos, según los principios que más adelante explicaremos, y que no se haga en parte, á plazo ni condicionalmente.

Los tratadistas proponen la cuestión de si es necesario para la validez de la aceptación que quien la haga esté llamado á la herencia en el momento de verificarla, ó bastará que sea llamado después por renuncia del heredero instituido ó del que abintestato lo fuera; cuestión que para nosotros es excusada, desde el momento en que se fije un poco la atención en las condiciones

que la ley positiva exige para que la aceptación pueda tener efecto, entre las cuales se señala la de que el heredero *esté cierto* de su derecho á la herencia. Sin embargo, hay algunos que, á partir de una pretendida relación entre el derecho á un legado condicional y el que tiene un pariente á heredar, sostienen que pues se puede aceptar el legado condicional, se puede aceptar también la herencia por quien todavía no es el verdadero heredero, y que por si llegara á serlo, puede calificarse de herencia condicional.

Los que así discurren parten de un error, cual es, el de confundir el legado condicional con la herencia presunta, cosas muy distintas, pues mientras el legatario condicional está llamado desde que se abre la sucesión, el heredero que lo sea por renuncia del más próximo pariente en grado, no está llamado desde luego, ni simple ni condicionalmente, sino que se llama después de renunciar el más próximo.

Diversos modos de aceptar ó repudiar una herencia.—Dice la Ley positiva (1) que la herencia podrá ser aceptada pura y simplemente, ó á beneficio de inventario, y que la primera forma de aceptación puede ser expresa ó tácita, según que el heredero nombrado exprese de una manera terminante su resolución de querer ser tal heredero, ó este su deseo se desprenda ó deduzca de la realización de hechos que no ejecutaría si no fuera su ánimo aceptar el nombramiento que á su favor hace el testador ó la misma ley. Esta dice que es aceptación expresa la que se hace en documento público ó privado, y tácita la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, ó que no habría derecho á ejecutar sino con la cualidad de heredero.

Para evitar dudas en lo posible, la misma Ley positiva señala los actos que suponen voluntad de aceptar, y al efecto designa como tales los siguientes: 1º Cuando el heredero vende, dona ó cede su derecho á un extraño, á todos sus coherederos ó á algunos de ellos. 2º Cuando el heredero la renuncia, aunque sea gratuitamente, á beneficio de uno ó más de sus coherederos.

(1) Artículos 998 y 999 del Código Civil.

3^o Cuando la renuncia por precio á favor de todos sus coherederos indistintamente; pero si esta renuncia fuere gratuita y los coherederos á cuyo favor se haga son aquellos á quienes debe acrecer la porción renunciada, no se entenderá aceptada la herencia. Así se dice en el art. 1,000 del Código Civil, después de haber consignado en el párrafo último del anterior, que «los actos de mera conservación ó administración provisional no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título ó la cualidad de heredero.»

Tan sencilla se presenta la ley en estas declaraciones, que por ello creemos excusado detenernos en su explicación, pues bien á las claras se advierte que cuantos hechos señala como implicando aceptación tácita, son de la clase de aquellos que solo es dable ejecutar al que es verdadero heredero. Y no se tienen por actos de propia y verdadera aceptación los de mera conservación ó administración provisional, porque no basta que el acto del heredero pueda suponer ó suponga voluntad de aceptar, sino que es preciso que la suponga *necesariamente*; esto es, que no pueda suponer otra cosa, porque si así no ocurre no queda bien determinada y en lo posible clara la voluntad del heredero.

En cuanto á la repudiación, no admite la ley (1) que pueda ser más que de un modo: expresa; pues deberá hacerse en instrumento público ó auténtico, ó por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaria ó del abintestato (2). Es decir, que la repudiación de la herencia no puede ya hacerse por palabra ó por fecho, como decían las Leyes de Partida, sino que habrá de hacerse en forma hasta cierto punto solemne; y es así exigido por la legalidad vigente porque no

(1) Art. 1,008 del Código Civil.

(2) A tenor de lo dispuesto en la regla 5^a del art. 63 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios de testamentaria ó abintestato será competente el Juez del lugar en que hubiere tenido el finado su último domicilio; pues según Sentencia de 21 de Noviembre de 1883, no es la vecindad la condición que surte fuero en este caso, sino el último domicilio del finado.

caben los hechos de tácita repudiación, y porque es de tales consecuencias el acto de repudiar, que no es de extrañar que los legisladores exijan para ella especiales solemnidades. Además, que el hecho de la repudiación interesa á los acreedores, á los legatarios y á las demás personas que pueden ser herederos, y por ello conviene que conste de un modo seguro y cierto.

Personas capaces para aceptar ó repudiar una herencia.—Pueden aceptar ó repudiar una herencia—dice el párrafo 1º del artículo 992 del Código Civil—todos los que tienen la libre disposición de sus bienes.

Con el indicado precepto no hace la Ley positiva otra cosa que establecer un principio de carácter tan general, que necesita como complemento y aclaración la recordación de quiénes son los que pueden administrar sus bienes, y á este propósito diremos que existe la regla legal dictada con carácter general de que solo el mayor de edad (el que tenga cumplidos los veintitrés años) es capaz para todos los actos de la vida civil, y por consiguiente para administrar sus bienes. Pero ese mismo carácter general que de esta regla ó principio se predica, está indicando que hay casos que suponen verdaderas excepciones al mismo, las cuales excepciones consisten en que hay ocasiones en que el menor de edad tiene la administración de sus bienes, y en cambio carecen de ella algunos que son mayores de edad: como ejemplo del primer caso puede presentarse el del menor emancipado, pues sabido es que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, bien que con excepciones que no afectan á la administración de su caudal; y como comprobación del segundo extremo afirmado, podemos citar, entre otros, el caso del interdicto, del loco, etc.

El estudio de cada caso de incapacidad, ó lo que es lo mismo, las excepciones al principio que formula el párrafo primero del indicado art. 992, se haría de todo punto necesario, si no fuera porque el mismo legislador, comprendiendo que con solo la regla dicha nada había resuelto, se ha encargado de señalar de una manera hasta cierto punto detallada, los casos de incapacidad que podemos llamar relativa, al indicar las formalidades con que

ha de ser aceptada ó repudiada la herencia dejada á personas que por sí no tienen la plena capacidad civil, ora por razón de edad, ora por consideración al sexo, ora también por existir alguna de las causas que motivan la tutela en otro tiempo llamada ejemplar. A este propósito sigue diciendo el ya repetido artículo del Código Civil, que «la herencia dejada á los menores ó incapacitados, podrá ser aceptada al tenor de lo dispuesto en el número 10 del artículo 269; y que si la aceptare por sí el tutor, la aceptación se entenderá hecha á beneficio de inventario». Es decir, que para aceptar la herencia dejada á menores ó incapacitados, el tutor necesita autorización del consejo de familia, y cuando procede sin ella se entiende hecha la aceptación á beneficio de inventario, para que de este modo no sea posible que el sometido á tutela sufra lesión en sus intereses.

Otra de las que podemos llamar incapacidades relativas para la aceptación ó repudiación de la herencia es la existente en la mujer casada, pues que para tales actos necesita licencia de su marido, ó, en su defecto, la aprobación del Juez (1). Es decir, que la autorización del marido ejercitando su autoridad marital, ó la del Juez aprobando la aceptación ó repudiación hecha por la mujer, completan la capacidad de ésta.

Pero hay que advertir, que los efectos son distintos en un caso que en otro, porque si es el Juez quien aprueba la aceptación de herencia que la mujer realiza, no responderán de las deudas hereditarias los bienes ya existentes en la sociedad conyugal (2).

También tienen incapacidad para aceptar ó repudiar la herencia los sordo-mudos que no saben leer ni escribir, pues así expresamente lo indica el art. 996 del Código Civil, cuando dice: «Los sordo-mudos que supieren leer y escribir aceptarán ó repudiarán la herencia por sí ó por medio de Procurador. Si no supieren leer y escribir la aceptará á beneficio de inventario su tutor, con sujeción á lo que sobre esta incapacidad se preceptúa

(1) Párrafo 1º del art. 995 del Código Civil

(2) Párrafo 2º del art. 995 de id. id.

en el art. 218». Es decir, que en tal supuesto el tutor aceptará la herencia por el sordo-mudo, si en la declaración de incapacidad de éste se hubiera expresado que quedaba inhabilitado para aceptar herencias, y la aceptación por el tutor se hará mediante autorización del Consejo de familia, y se entenderá siempre hecha á beneficio de inventario.

La razón que los modernos legisladores han tenido en cuenta para declarar capaces para aceptar ó repudiar una herencia á los sordo-mudos que saben leer y escribir, no ha sido otra, seguramente, que la de considerar que la persona que posee estos medios de instrucción está en condiciones de expresar de un modo claro y terminante, y siempre por su propia y espontánea voluntad, si quiere ó no subrogarse en la personalidad del que causa la herencia; esto es, que dispone de medios adecuados para manifestar su consentimiento, y si por tal circunstancia está facultado para contratar, nada más natural y lógico que se le faculte para aceptar herencias, toda vez que la importancia de este acto, con ser grande, no es superior al de la contratación.

Las incapacidades que hasta aquí dejamos estudiadas refiérense tan solo á las personas individuales, y ahora vamos á indicar, porque también la Ley positiva las examina, las formalidades con que ha de hacerse la aceptación ó repudiación de la herencia cuando las llamadas á heredar son las personas morales, legales ó jurídicas: á esto responden las prescripciones legales contenidas en el tercer párrafo del art. 992, y en los artículos 993 y 994 del Código Civil.

La primera de las aludidas disposiciones se refiere al caso en que se nombre por herederos á los pobres, caso en el cual la aceptación de la herencia corresponderá á las personas designadas por el testador para calificarlos y distribuir los bienes, y en su defecto á las que señala el art. 749 del mismo Código (1), de-

(1) El citado artículo establece, que la calificación de los pobres y la distribución de los bienes, cuando el testador no designa la persona que ha de hacerla, corresponde á los albaceas, y si no los hubiere la harán el Párroco, el Alcalde y el Juez municipal, los cuales resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran.

biendo entenderse que la aceptación se hace en este caso á beneficio de inventario, para de este modo evitar los posibles perjuicios á los aceptantes. En caso de haber más de un Párroco ó de un Juez municipal, cuando éstos con el Alcalde son los llamados á la aceptación de la herencia dejada á los pobres en general, creemos que la competencia será del funcionario en cuya jurisdicción tenga el domicilio la persona que cause la herencia.

Si la herencia es dejada á las asociaciones, corporaciones ó fundaciones capaces de adquirir (1), la aceptación podrán verificarla sus legítimos representantes; pero para repudiarla necesitan la aprobación judicial con audiencia del Ministerio público.

No dice la Ley positiva si en el caso de aceptación por parte de los representantes se entenderá hecha á beneficio de inventario, y aunque existen razones para creer que así debiera ser, está en contra la consideración de que el legislador nada ha expresado, y ante este silencio hay que concluir negativamente, porque cuando ha querido que la aceptación se entienda hecha á beneficio de inventario, lo ha consignado expresamente.

Cuando la herencia es dejada á establecimientos públicos oficiales, no podrán aceptarla ni repudiarla sin la aprobación del Gobierno; lo cual equivale á decir, que la aceptación ó repudiación que tales establecimientos públicos oficiales verifiquen por sí, no tendrá validez ni eficacia alguna si posteriormente no obtiene la confirmación del Gobierno, aprobándola. En este supuesto, y toda vez que la Ley positiva (2) no dice quiénes son las personas que en nombre de tales establecimientos harán la aceptación que después el Gobierno puede ó no aprobar, hay que indagar á quiénes concede el legislador tal facultad. A juicio nuestro, no pueden ser otras que los legítimos jefes ó representantes de los establecimientos á quien la herencia es dejada por el testador, porque son los que, por decirlo así, asumen su personalidad.

(1) Tienen capacidad para adquirir, las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley, y las asociaciones de interés particular, á las que la ley concede personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.

(2) Art. 994 del Código Civil.

Ahora bien; juzgando del alcance y justicia de la disposición, entendemos que ha sido dictada con un alto sentido de previsión, pues que de este modo es mucho más fácil y completa la deliberación que puede hacerse sobre la conveniencia ó desventaja de la aceptación ó repudiación, y por ende mucho más fácil también de evitar los perjuicios que en algún caso pudiera acarrear la aceptación ó repudiación no bien meditada.

De la aceptación y repudiación de la herencia cuando son varios los herederos, ó cuando, siendo uno solo, lo es por testamento y abintestato.—Como la aceptación de la herencia es un acto enteramente libre y por ello dependiente de la voluntad del heredero en cada caso, declara la legalidad vigente (1) que cuando fueren varios los herederos llamados á la herencia, podrán los unos aceptarla y los otros repudiarla; como asimismo gozarán de libertad cada uno de los herederos para aceptarla pura y simplemente ó á beneficio de inventario. Es decir, que la aceptación ó repudiación de cada heredero no obliga á los demás, y la forma en que cada heredero acepte es independiente de la en que acepten los demás.

Esta cuestión no es resuelta de igual modo por todos los Códigos modernos, pues hay algunos que estimando como indivisible la forma de la aceptación, y partiendo del principio de que en caso de discrepancia entre los herederos debe preferirse la más beneficiosa, resuelven que se entienda aceptada en tal caso á beneficio de inventario, que aprovechará á todos los coherederos. Pero los autores de nuestro Código Civil, creyendo que no es ni puede ser real y positiva la indivisibilidad de la forma en la aceptación, establecen, como consignado dejamos, que unos herederos puedan aceptar la herencia pura y simplemente y otros lo hagan á beneficio de inventario.

Cuando un mismo heredero es llamado á una herencia por testamento y abintestato, y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos. Repudiándola como here-

(1) Art. 1,007 del Código Civil.

dero abintestato y sin noticia de su título testamentario, podrá todavía aceptarla por este (1).

La razón que explica esta declaración legal no es otra que la de que quien no guarda respeto á la voluntad del testador no es digno de recibir nada de la herencia de éste á título gratuito, pues lo contrario sería premiar la especie de mofa hecha á aquella postrera voluntad: y como esta razón no existe en el caso contrario, de aquí que la solución que la Ley positiva dá en este segundo supuesto, es diametralmente contraria; porque al aceptar el título de heredero testamentario cuando esa misma herencia la había repudiado como heredero abintestato, más que otra cosa hace honor á la memoria del testador, y á ello no pueden oponerse los legisladores.

Efectos legales de la aceptación pura y simple.—Por la aceptación pura ó simple, ó sin beneficio de inventario, quedará el heredero—dice el art. 1,003 del Código Civil—responsable de todas las cargas de la herencia, no solo con los bienes de esta, sino también con los suyos propios. Es decir, que en este caso, y aunque solo sea para los efectos de responder á las obligaciones que contra sí mismo tuviera constituidas el causante de la herencia, hay una verdadera confusión de la personalidad de éste con la del sucesor.

Este principio, que en nada contradice la doctrina del Derecho civil histórico, sino que, por el contrario, reproduce la teoría consignada en nuestras Leyes de Partida, no significa otra cosa dentro del vigente Código Civil, más que la explícita confirmación de la regla en el mismo establecida, de que el heredero sucede al difunto en todos sus derechos activos y pasivos que tengan la consideración de transmisibles.

Para que esto suceda es necesario, y así lo dice la misma Ley positiva, que el heredero realice la aceptación y esta sea pura y simple, de donde se deduce, que mientras el heredero no exprese su voluntad de aceptar, no será llamado á responder de las obligaciones de aquella persona á quien hereda; pero como los

(1) Art. 1,009 del Código Civil.

derechos de los acreedores y demás interesados en la sucesión no pueden quedar en suspenso durante todo el tiempo que el heredero quiera tomarse para manifestar si acepta ó repudia la herencia, la ley permite que pasados nueve días desde la muerte de aquél de cuya sucesión se trata, pueda un tercer interesado requerir judicialmente al heredero para que declare si acepta ó no la herencia, y el Juez le señalará para el efecto un plazo que no pasará de treinta días, para que haga su declaración; apercibido de que si no la hace, se tendrá la herencia por aceptada (1). Si el heredero muere sin aceptar ni repudiar, pasa á los suyos el derecho que él tenía para tales actos (2), consecuencia del principio de suceder al difunto en todos sus derechos.

En todo caso, los efectos de la aceptación de la herencia, lo mismo que los de la repudiación, se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona á quien se hereda; porque la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción, en el caso de que llegue á adir la herencia, y el que válidamente la repudia se entiende que no la ha poseído en ningún momento (3).

Legislación foral sobre aceptación y repudiación de la herencia

Cataluña.—En este territorio rigen las doctrinas del Derecho romano en los particulares que ahora estudiamos, y por eso la aceptación de la herencia no es siempre un acto voluntario como en Castilla, sino que muchas veces tiene la consideración de acto necesario: tal sucede á los llamados *herederos suyos*, los cuales adquieren la herencia, *ipso jure*, desde la muerte del causante, sin necesidad de acto alguno positivo, á no ser que se acogan al beneficio de abstención.

(1) Artículos 1,004 y 1,005 del Código Civil.

(2) Art. 1,006 de id. id.

(3) Art. 989, en relación con el 440 de id. id.

No siendo herederos suyos, es necesario que manifiesten de algún modo su voluntad de aceptar la herencia, ya lo hagan de una manera expresa, ya mediante la ejecución de actos que impliquen la intención de aceptar; aceptación que no admite condición de ninguna clase, que ha de comprender á toda la herencia, y que sus efectos se retrotraen, lo mismo que en Castilla, al momento en que la herencia fué causada; esto es, al instante en que falleció la persona de la cual proceden los derechos hereditarios.

La repudiación puede tener lugar de una manera expresa ó tácita, haciéndose irrevocable si se verifica en la primera de dichas formas. Es de advertir, que según un privilegio de D. Pedro III, cuando el heredero no acepta la herencia, ó habiéndola aceptado la repudia, se mantienen los legados y demás disposiciones del testamento.

Aragón.—Es la Legislación aragonesa la que más se separa de cuantas otras constituyen el derecho vigente en los diversos territorios de la Península, pues prescinde de la clasificación de herederos forzosos y voluntarios, desde el momento en que, como en su lugar propio vimos, es casi ilusoria la cuantía asignada por legítima. Pero lo que más distingue al Derecho aragonés en el punto concerniente á la aceptación y repudiación de la herencia, es el principio de que *la herencia nunca es dañosa al heredero*; esto es, que nunca responde de más obligaciones del que la causa, que aquellas hasta donde alcanza el haber hereditario, con cuyo principio se hace innecesario el beneficio de inventario y también el de deliberar: este es prohibido y aquel improcedente. Resultado de esto es, que la aceptación de la herencia se presume siempre, y para entender que se repudia es preciso que la protesta de no aceptación se haga de una manera manifiesta.

Navarra y Vizcaya.—En ambos territorios rigen las doctrinas del Derecho común ó de Castilla en cuanto á la aceptación y repudiación de la herencia, por cuya razón no nos detenemos á explicarlas.

DOCTRINA LEGAL

Art. 988 La aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres.

Art. 989 Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona á quien se hereda.

Art. 990 La aceptación ó la repudiación de la herencia no podrá hacerse en parte, á plazo, ni condicionalmente.

Art. 991 Nadie podrá aceptar ni repudiar, sin estar cierto de la muerte de la persona á quien haya de heredar y de su derecho á la herencia.

Art. 992 Pueden aceptar ó repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes.

La herencia dejada á los menores ó incapacitados podrá ser aceptada al tenor de lo dispuesto en el núm. 10 del art. 269. Si la aceptare por sí el tutor, la aceptación se entenderá hecha á beneficio de inventario.

La aceptación de la que se deje á los pobres corresponderá á las personas designadas por el testador para calificarlos y distribuir los bienes, y en su defecto á las que señala el art. 749, y se entenderá también aceptada á beneficio de inventario.

Art. 993 Los legítimos representantes de las asociaciones, corporaciones y fundaciones capaces de adquirir podrán aceptar la herencia que á las

mismas se dejare; mas para repudiarla necesitan la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio público.

Art. 994 Los establecimientos públicos oficiales no podrán aceptar ni repudiar herencia sin la aprobación del Gobierno.

Art. 995 La mujer casada no podrá aceptar ni repudiar herencia sino con licencia de su marido, ó en su defecto, con aprobación del Juez.

En este último caso no responderán de las deudas hereditarias los bienes ya existentes en la sociedad conyugal.

Art. 996 Los sordo-mudos que supieren leer y escribir aceptarán ó repudiarán la herencia por sí ó por medio de Procurador. Si no supieren leer y escribir, la aceptará á beneficio de inventario su tutor, con sujeción á lo que sobre esta incapacidad se preceptúa en el art. 218.

Art. 997 La aceptación y la repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables, y no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen de algunos de los vicios que anulan el consentimiento, ó apareciese un testamento desconocido.

Art. 998 La herencia podrá ser aceptada pura y simplemente, ó á beneficio de inventario.

Art. 999 La aceptación pura y simple puede ser expresa ó tácita.

Expresa es la que se hace en documento público ó privado.

Tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, ó que no ha-

bría derecho á ejecutar sino con la cualidad de heredero.

Los actos de mera conservación ó administración provisional no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título ó la cualidad de heredero.

Art. 1000 Entiéndese aceptada la herencia:

1° Cuando el heredero vende, dona ó cede su derecho á un extraño, á todos sus coherederos ó alguno de ellos.

2° Cuando el heredero la renuncia, aunque sea gratuitamente, á beneficio de uno ó más de sus coherederos.

3° Cuando la renuncia por precio á favor de todos sus coherederos indistintamente; pero, si esta renuncia fuere gratuita y los coherederos á cuyo favor se haga son aquellos á quienes debe acrecer la porción renunciada, no se entenderá aceptada la herencia.

Art. 1001 Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla, en nombre de aquél.

La aceptación solo aprovechará á los acreedores en cuanto baste á cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará á las personas á quienes corresponda, según las reglas establecidas en este Código.

Art. 1002 Los herederos que hayan sustraído ú ocultado algunos efectos de la herencia, pierden la

facultad de renunciarla, y quedan con el carácter de herederos puros y simples, sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir.

Art. 1003 Por la aceptación pura y simple, ó sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no solo con los bienes de esta, sino también con los suyos propios.

Art. 1004 Hasta pasados nueve días después de la muerte de aquél de cuya herencia se trate, no podrá intentarse acción contra el heredero para que acepte ó repudie.

Art. 1005 Instando, en juicio, un tercer interesado para que el heredero acepte ó repudie, deberá el Juez señalar á éste un término, que no pase de treinta días, para que haga su declaración: apercibido de que, si no la hace, se tendrá la herencia por aceptada.

Art. 1006 Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará á los suyos el mismo derecho que él tenía.

Art. 1007 Cuando fueren varios los herederos llamados á la herencia, podrán los unos aceptarla y los otros repudiarla. De igual libertad gozará cada uno de los herederos para aceptarla pura y simplemente ó á beneficio de inventario.

Art. 1008 La repudiación de la herencia deberá hacerse en instrumento público ó auténtico, ó por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaria ó del abintestato.

Art. 1009 El que es llamado á una misma herencia por testamento y abintestato, y la repudia

por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos.

Repudiándola como heredero abintestato y sin noticia de su título testamentario, podrá todavía aceptarla por éste.



CAPITULO XXIX

Del beneficio de inventario y del derecho de deliberar



UNQUE la doctrina de este Capítulo, que no es otra que la referente á los puntos indicados en el epígrafe general del mismo, pudiera haberse estudiado en el anterior, toda vez que el asunto puede estimarse como común desde el momento en que toda la doctrina se refiere á la aceptación ó repudiación de la herencia, hemos preferido dedicarle lugar distinto, bien que á continuación, no solo porque también en *sección* distinta estudia el Código Civil estos particulares, sino porque dada la importancia y trascendencia de tales instituciones, merecen que les dediquemos especial atención, habiendo de procurar que su estudio resulte todo lo completo que posible nos sea.

I Concepto y fundamento del llamado beneficio de inventario.— No se ocupa la legalidad vigente de darnos un concepto de lo que por tal beneficio debe entenderse, sino que considerándolo como forma ó modalidad de la aceptación, entra desde luego á examinar la manera de practicarse y los efectos legales que produce. Pero sin embargo, del estudio de cuantas disposiciones á

estos fines dicta el legislador, puede deducirse el concepto propio de la institución que ahora examinamos. Así, pues, podemos decir que el beneficio de inventario es: *el derecho concedido por la ley á los herederos para aceptar la herencia con la protesta de no responder de las obligaciones del finado sino hasta donde alcance el valor de los bienes hereditarios.*

Así entendido el beneficio de inventario, constituye una excepción al principio general de que el heredero sucede al causante de la herencia en *todos* sus derechos y obligaciones, por cuya razón se le dá el nombre de *beneficio*, y de él puede destruirse todo heredero aunque el testador lo haya prohibido. Al término *beneficio* se añade el calificativo de *inventario*, porque solo los bienes inventariados, que deben serlo todos los que componen la herencia, son los que responden de las obligaciones del que la causa.

El beneficio de inventario tiene un fundamento que podemos llamar histórico y otro racional: el primero basado en la necesidad de modificar el rigor del antiguo Derecho, que confundiendo en un todo la personalidad del sucesor con la del sucedido podía dar lugar á conclusiones poco conformes con los estrictos principios de la equidad; y racionalmente se explica el beneficio de inventario por motivos de universal justicia, según los cuales, si nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro, tampoco debe ser obligado á responder con sus propios bienes, quizá adquiridos á costa de gran trabajo, de los compromisos contraídos por un tercero, que ninguna ventaja le reportaban. El que acepta los bienes de una sucesión—dice Toullier—no tiene intención de obligarse personalmente por razón de las cargas más allá de su valor: su objeto es aumentar su fortuna, no disminuirla, y no se puede razonablemente suponer que quiso obligarse á pagar más de lo que recibe. Pero en cambio otros sostienen, que es principio más conforme con el Derecho natural el de la responsabilidad ilimitada del heredero, entendiendo que el propósito de enriquecerse de que Toullier habla, existe solamente en virtud de la concupiscencia de los tiempos modernos, pues los vínculos que unen á los individuos de una misma fami-

lia crea entre ellos una solidaridad extraordinaria, en la que se funda, así el derecho sucesorio como la obligación de satisfacer las deudas y cargas.

Consideraciones históricas sobre el beneficio de inventario.—El beneficio de inventario tiene su origen en el Derecho romano, en cuya Legislación lo introdujo Gordiano en favor de los militares á quienes se hubiera dejado una herencia onerosa, y después Justiniano lo hizo extensivo á todas las clases, para templar el rigorismo de aquel derecho, que confundía en un todo el patrimonio del heredero con el del causante de la herencia, cuyas delicadas consecuencias no fué suficiente á evitar el derecho de deliberación antes concedido, porque los informes y antecedentes que el sucesor podía consultar para ver si le convenía aceptar ó no la herencia, eran siempre deficientes y muchas veces engañosos, pudiendo por ello resultar altamente perjudicado el aceptante que sin conocer con verdadera exactitud el *activo* y *pasivo* de una herencia, la adía y quedaba responsable con los bienes hereditarios y los suyos propios al cumplimiento de todas las obligaciones del finado. Para poder disfrutar del beneficio de inventario, era preciso que el heredero inventariase los bienes con determinadas formalidades, teniendo fijado un plazo para comenzar y terminar dicha operación.

Admitido el beneficio de inventario en el Derecho romano, era motivo suficiente para que D. Alfonso el Sabio no lo omitiera en su famoso Código de las Partidas, en cuyo cuerpo legal se consignaron multitud de fórmulas para determinar las formalidades que habían de cumplirse y los efectos consiguientes del beneficio. Se tenía determinado que el heredero había de empezar el inventario dentro de los treinta días siguientes al en que supiere que había recaído en él la herencia, debiendo terminarlo á los tres meses de comenzado; plazo que podía prorrogarse por un año más si los bienes que habían de inventariarse radicaban en distintos lugares. La formalidad de inventariar los bienes hereditarios había de cumplirse con la intervención de Escribano público, debiendo ser llamadas todas aquellas personas á quienes el testador había mandado alguna cosa en su testamento, y si no

comparecían, el inventario debía hacerse ante tres testigos, hombres de buena fama y conocedores de los interesados en la herencia. Al comenzar el inventario debía hacerse la señal de la cruz é invocar el Santo nombre de Dios, en testimonio de respeto y de verdad; y debía terminarse tal formalidad con la protesta, por parte del heredero, de que todos los bienes del testador habían sido lealmente incluidos en el inventario, sin mediar engaño alguno. Esta protesta había de escribirla el mismo testador si sabía hacerlo, y cuando no, podía verificarlo á su ruego uno de los Escribanos públicos, con la asistencia de dos testigos.

El principal efecto del beneficio de inventario consistía entonces, como consiste hoy, en no hacer responsable al heredero de las deudas del causante de la herencia sino hasta donde alcanzara el valor de los bienes hereditarios; pero aun se producían con tal beneficio otros efectos con relación á los mismos á quienes el testador había legado algo, pues no podían, durante el tiempo que en la formación del inventario se invertía, demandar al heredero en reclamación de la cosa que les había sido legada.

Tales eran los principios más fundamentales que en el punto que venimos estudiando consignó el Código de las Partidas; prescripciones legales que no sufrieron posteriormente ninguna variación esencial, y que solo por vía de complemento se dictaron algunas disposiciones en la anterior Ley de Enjuiciamiento civil y en la vigente.

El nuevo Código Civil sanciona también el llamado beneficio de inventario, pudiendo utilizarlo todo heredero, aunque el testador lo haya prohibido; institución de que muy bien hubiera podido prescindirse si los modernos legisladores hubieran declarado, como hace el Derecho aragonés, el principio de que la herencia nunca podía ser perjudicial al heredero.

Forma en que puede hacerse la aceptación de la herencia á beneficio de inventario.—Según preceptúa el art. 1,011 del Código Civil, la aceptación de la herencia á beneficio de inventario podrá hacerse ante Notario, ó por escrito ante cualquiera de los jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamentaria ó

abintestato (1). Pero si el heredero que en dicha forma haya de aceptar se hallare en país extranjero, podrá—continúa diciendo la misma ley en el artículo siguiente—hacer dicha declaración ante el Agente diplomático ó consular de España que esté habilitado para ejercer las funciones de Notario en el lugar del otorgamiento.

Del contenido de los citados preceptos legales se deduce, que la declaración que el heredero ha de hacer de la forma en que acepta la herencia, primera condición requerida por la ley, puede ser judicial ó extrajudicial, estando en España, y siempre en la forma últimamente indicada si reside en el extranjero. Pero hay que tener en cuenta, que concordando los artículos que citados quedan, con el contenido de los siguientes, resulta que en realidad la aceptación extrajudicial hecha ante Notario no produce efecto legal concluyente, pudiendo por ello calificarla de inútil; porque si la declaración que el heredero ha de hacer no produce efecto alguno si no va precedida ó seguida de un inventario fiel y exacto de todos los bienes de la herencia (2), y este inventario ha de pedirse judicialmente, como asimismo á la autoridad judicial es á la que el heredero ha de manifestar su propósito de aceptar la herencia á beneficio de inventario, resulta que á nada práctico conduce la declaración legal que afirma que la aceptación de la herencia á beneficio de inventario podrá hacerse ante Notario; declaración que los modernos legisladores han hecho constar en el Código Civil, sin cuidarse de armonizarla con las contenidas en la Ley de Enjuiciamiento civil, y que solo la justifica el buen deseo que en sus autores hace presumir, de haber querido evitar los juicios universales.

Tiempo en que el heredero ha de manifestar su propósito de aceptar la herencia á beneficio de inventario.—Ya hemos indicado que en la aceptación de una herencia á beneficio de inventario, se hace preciso en primer lugar que el heredero manifieste su

(1) Es Juez competente para conocer de los juicios de testamentaria ó abintestato, el del último domicilio que hubiera tenido el finado,

(2) Art. 1,013 del Código Civil.

propósito; manifestación que ha de hacer ante el Juez competente para conocer de la testametaría ó abintestato de que se trate. El plazo que la ley concede para hacer dicha manifestación cuando el heredero tiene en su poder los bienes de la herencia ó parte de ellos, es el de diez días siguientes al en que supiere ser tal heredero, si reside en el lugar donde hubiese fallecido el causante de la herencia, y si residiere fuera el plazo será de treinta días. Mas si el heredero no tiene en su poder parte alguna de la herencia, ni ha practicado ninguna gestión como tal heredero, los plazos anteriormente dichos se contarán desde el día siguiente al en que expire el plazo que el Juez hubiere fijado para aceptar ó repudiar la herencia conforme al art. 1,005, ó desde el día en que la hubiese aceptado ó hubiera gestionado como heredero. Fuera de los casos expresados, si no se hubiere presentado ninguna demanda contra el heredero, podrá éste aceptar á beneficio de inventario, mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia (1).

Término en que ha de comenzarse y concluirse el inventario, y requisitos necesarios para su formación y aprobación.—Para la aceptación de la herencia á beneficio de inventario no basta la manifestación por parte del heredero de que así es su propósito, sino que es necesario además que á la vez que manifiesta su intención pida la formación del correspondiente inventario y la citación á los acreedores y legatarios para que acudan á presenciarlo si les conviniere. Dentro de los treinta días siguientes á esta citación se dará principio á la formación del inventario, debiendo concluirse dentro de otros sesenta. Pero si por hallarse los bienes á larga distancia, ó ser muy cuantiosos, ó por otra causa justa, parecieren insuficientes dichos sesenta días, podrá el Juez prorrogar este término por el tiempo que estime necesario, sin que pueda exceder de un año (2).

Quando el inventario no se principia y termina dentro de los mencionados plazos por culpa ó negligencia del heredero, como

(1) Artículos 1,014, 1,015 y 1,016 del Código Civil.

(2) Art: 1,017 de id. id.

igualmente si no se cumplen las debidas solemnidades, se entenderá que se acepta la herencia pura y simplemente.

Nada dice el Código Civil respecto á los requisitos ó formalidades con que ha de practicarse el inventario, ante cuyo silencio diremos, que si se hace ante Notario habrán de cumplirse cuantas solemnidades exige la Ley del Notariado para todos los documentos públicos, y si se hace con carácter judicial habrán de cumplirse las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento civil; de donde resulta, que en todo caso el inventario será de la clase á que los tratadistas dan el nombre de solemne, pues el hecho privadamente ó en forma menos solemne no es suficiente para disfrutar del beneficio.

La vigente Ley de Enjuiciamiento civil, al hablar del juicio voluntario de testamentaría, fija las reglas á que han de acomodarse los inventarios judiciales, determinando las personas que para su formación deben ser citadas y señalando el orden en que han de ir anotándose los distintos bienes hereditarios, que es el siguiente: 1º metálico; 2º efectos públicos; 3º alhajas; 4º semovientes; 5º frutos; 6º muebles; 7º inmuebles; 8º derechos y acciones.

Indicadas las disposiciones legales pertinentes á los extremos que ahora venimos considerando, cúmplenos tan solo estudiar, por vía de explicación de las mismas, algunas cuestiones que los tratadistas proponen y que muy bien pueden presentarse en la práctica. La primera de ellas es, si puede un testador facultar á su heredero para aceptar la sucesión á beneficio de inventario sin necesidad de cumplir la formalidad de inventariar los bienes.

En este punto se hallan divididas las opiniones, pues mientras unos creen que tales disposiciones son de carácter particular y pueden por lo mismo ser derogadas por los interesados, otros, con mejor criterio, á juicio nuestro, sostienen que no puede admitirse tal conclusión, porque siendo el fin del inventario evitar el fraude, el dispensar de él al heredero equivaldría á autorizarle para ese mismo fraude, lo cual es contrario á las buenas costumbres. Además, hay para nosotros una razón de más fuerza, y de cimios de más fuerza, porque se funda en las mismas prescripcio-

nes de la Ley positiva, que, como es sabido, declara nulos todos los actos ejecutados contra lo dispuesto en las leyes: es así que la ley preceptúa sin distinción de casos que el inventario se haga para disfrutar del beneficio, luego no hay para qué discutir si habrá quien pueda relevar al heredero del cumplimiento de esta formalidad, la cual es exigida expresamente por el legislador, no solo en favor de aquél, sino también para los legatarios y acreedores.

Cuando sin culpa ó negligencia del heredero no se comienza y termina el inventario en los plazos por la ley marcados, ¿tendrá aquél derecho á gozar del beneficio pidiendo que se subsanen las faltas? La ley no habla más que del caso en que la operación de inventariar los bienes no se comience y termine dentro del plazo legal por negligencia ó culpa del heredero; pero dada la forma de expresión que el legislador ha empleado, y partiendo del principio justo y equitativo de que la culpa ó negligencia ajenas no deben perjudicar, creemos que el heredero podrá pedir la subsanación de la falta y aprovecharse del beneficio. Mas en este caso tendrá que probar el tal heredero no moroso, que suya no ha sido la culpa, pues que seguramente sin esta prueba él sufriría las consecuencias, porque lo racional es partir de la presunción de que suya fué la negligencia ó culpa, y si es presunción que admite prueba en contrario, el heredero que afirme será el que tenga que probar.

Por último, preséntase la cuestión de si en el caso de haber varios herederos que quieran aprovechar el beneficio, tendrá que hacer cada uno de ellos un inventario ó bastará para todos el que uno haga.

Aunque á primera vista parece que la ley quiere que todo heredero que desee aceptar la herencia á beneficio de inventario cumpla la formalidad de inventariar los bienes hereditarios, creemos que no hay necesidad de que así se haga, porque cumplida que sea por uno solo de los herederos, se dá satisfacción á los propósitos del legislador y se llena el doble fin que con la exigencia de dicha formalidad se perseguía, cual es, que el heredero conozca con la posible exactitud, cuáles son los únicos bienes

que á la satisfacción de las deudas del c. usante de la herencia há de aplicar, y que los acreedores y legatarios no puedan ser defraudados en sus legítimos derechos. Además, que así parece quererlo indicar el mismo legislador, cuando en el art. 1,021 dice: «El que reclame judicialmente una herencia de que otro se halle en posesión por más de un año, si venciere en el juicio, no tendrá obligación de hacer inventario para gozar de este beneficio, y solo responderá de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados». Y como si esto no fuera bastante, añade en el siguiente artículo: «El inventario hecho por el heredero, que después repudie la herencia, aprovechará á los sustitutos y á los herederos abintestato, respecto de los cuales, los treinta días para deliberar y para hacer la manifestación que previene el artículo 1,019, se contarán desde el siguiente al en que tuvieren conocimiento de la repudiación».

Tales declaraciones legales, son, á juicio nuestro, suficientes para resolver la cuestión propuesta en el sentido que lo hacemos, sin que creamos necesario, como algunos tratadistas aconsejan, que en el caso de haber transcurrido mucho tiempo entre la aceptación de un heredero y la del otro, haga éste, como medida de prudencia, una información en la que figure el inventario primitivo, y mejor aún, que se haga nuevo y formal inventario.

Efectos legales de la aceptación de la herencia á beneficio de inventario.—Como indicado queda, el principal efecto que produce la aceptación de la herencia á beneficio de inventario, consiste en hacer irresponsable al heredero de las deudas ú obligaciones del finado más allá de donde alcance el valor de los bienes hereditarios, y decimos que este es el principal efecto que tal beneficio produce, por ser precisamente el fin del mismo. Pero además de este efecto, consecuencia de no confundirse para nada, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan á la herencia, reporta también al heredero la ventaja de conservar contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto. Estas declaraciones legales, consignadas en el art. 1,023 del nuevo Código Civil, son consecuencia, todas ellas, de quedar establecida mediante tal forma de

aceptar la herencia, una separación absoluta entre la personalidad del que causa la herencia y aquél que la recibe, separación que trasciende de igual modo á los respectivos patrimonios, y por ello la acción del heredero como acreedor no se extingue, como se extinguiría si la aceptación fuera pura, pues que en tal supuesto no habría términos hábiles para reclamar, porque nadie se debe nada á sí mismo.

Con relación á los hijos del heredero, la aceptación de la herencia á beneficio de inventario produce los mismos efectos que para el padre se habían producido. Es decir, que muerto un heredero que aceptó la herencia en la forma dicha, transmite á los suyos esa misma herencia sin otra obligación que pagar las cargas de ella procedentes con los bienes que la forman.

Respecto á los legatarios, los efectos que la aceptación de la herencia á beneficio de inventario produce, son los siguientes: no poder demandar el pago de sus legados durante la formación del inventario, y no haber de satisfacer su importe el administrador sino después de haber pagado á todos los acreedores, pues el derecho de éstos es preferente, por la consideración que más adelante expondremos.

En punto á los acreedores del causante de la herencia, la aceptación de esta á beneficio de inventario produce el efecto de no haber de responder el heredero al pago de las deudas más que con el valor de los bienes hereditarios; y si se trata de los acreedores del mismo heredero, no podrán mezclarse en las operaciones de la herencia hasta que sean pagados los acreedores de la misma y los legatarios; pero podrán pedir la retención ó embargo del remanente que pueda resultar á favor del heredero.

Y no puede decirse que lo que es beneficioso para el heredero es perjudicial para los acreedores del que causa la herencia, cuando el valor de los bienes hereditarios no alcanza á cubrir el total importe de los créditos, porque la situación de aquellos no es más desventajosa en este caso de lo que sería en el supuesto de haber tenido que hacer efectivas sus obligaciones en cabeza del causante de la herencia, que era el directamente obligado, pues nunca tendrían como garantía más de la que implicase el es-

tado financiero del que con tales acreedores concertó la obligación: si así no fuera, el beneficio de inventario no tendría justificación, ni, seguramente, lo hubieran admitido los modernos legisladores.

Los gastos de inventario son carga de la herencia, menos las costas en que el heredero hubiera sido condenado personalmente por su dolo ó mala fé.

Casos en que el heredero pierde el beneficio de inventario.—Al decir del art. 1,024 del Código Civil, «el heredero perderá el beneficio de inventario: 1º Si á sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos ó acciones de la herencia. 2º Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización judicial ó la de todos los interesados, ó no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización».

El contenido de este precepto, relacionado con el del artículo 1,018 del mismo Código, enseña cuándo el beneficio de inventario queda negado al heredero, como castigo unas veces á las acciones del sucesor y otras como pena impuesta por la omisión de aquella diligencia y buena fé que la ley exige que preste el que quiera gozar de las ventajas que dicho beneficio reporta.

Los escritores de nuestro Derecho civil discuten acerca de si las declaraciones contenidas en el citado art. 1,024 tienen ó no carácter punitivo, ó implican, por el contrario, una renuncia tácita los actos á que se refiere; pues mientras unos piensan con Laurent que el precepto á que aludimos no tiene carácter de pena, sino que su significado propio es el de entender que el heredero que tales actos comete renuncia á la herencia en forma tácita, otros creen que la negación del beneficio en estos casos supone un castigo impuesto al heredero.

Nuestra opinión, según dejamos significado, marcha de acuerdo con los que sostienen la última conclusión, y como justificación de ella, bastará fijarse en que lo dicho en el art. 1,024 repetidamente citado, no es más que una confirmación, especialmente lo que en el primer número del mismo se dice, de aquella otra declaración que el legislador hace en el art. 1,002 del mismo cuerpo

legal, según la cual, los herederos que hayan sustraído ú ocultado algunos efectos de la herencia, pierden la facultad de renunciarla, y quedan con el carácter de herederos puros y simples, sin perjuicio de la pena en que hayan podido incurrir. Y decimos que un precepto es confirmación del otro, porque los actos á que se refieren son iguales, pues hay que suponer que el dejar de incluir á sabiendas en el inventario alguno de los bienes, derechos ó acciones de la herencia, equivale, y sus efectos son iguales, á la ocultación ó sustracción; el fin es igual en uno y otro caso: defraudar los legítimos derechos de los acreedores ó legatarios, y por eso el castigo debe ser el mismo: entenderse que la herencia se ha aceptado pura y simplemente, respondiendo de las obligaciones todas del que la causa, porque el fraude debe castigarse siempre, cualquiera que sea la forma en que se haya cometido.

No desconocemos que la segunda causa (número 2º del artículo 1,024) no arguye propósito directo de perjudicar á los que tengan ó puedan tener un legítimo derecho sobre el todo ó parte de los derechos hereditarios; pero puede servir de medio para realizarlo, y en tal supuesto, la más elemental previsión aconseja que se eviten los efectos; por lo cual, y no siendo racional admitir que de una misma declaración legal se deduzcan distintas consecuencias, cuando el legislador no distingue, creemos que en ambos casos debe entenderse que el heredero ha aceptado la herencia sin poder aprovecharse de las ventajas del beneficio de inventario, habiendo de responder con sus bienes propios de las obligaciones del finado, si los heredados no alcanzan á satisfacerlas.

Por último, es también cuestión que los tratadistas proponen, la de si es preciso que los actos del heredero á que se refiere el artículo 1,024 del Código Civil, causen perjuicio á los acreedores y legatarios para que aquél pierda el beneficio de inventario; cuestión que nos parece de todo punto excusada, porque el perjuicio que éstos pueden sufrir por tan punible conducta se supone siempre, y con presunción de tal clase, que no admite prueba en contrario, ó por lo menos, no quiere el legislador que la tenga desde el momento en que no hace distinción de ningún género.

Situación de la herencia durante la formación del inventario, y hasta que se pague á todo acreedor contra ella.—Dice el art. 1,020 del Código Civil, que el Juez podrá proveer, á instancia de parte interesada, durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, á la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo á lo que se prescribe para el juicio de testamentaría en la Ley de Enjuiciamiento civil. Y en el párrafo 1º del art. 1,026 del mismo Código, se añade: «Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración».

He aquí lo que la nueva Ley civil sustantiva contesta á nuestra pregunta. Pero la verdad es que para su completa inteligencia habrá que indagar cuál es esa forma que la Ley de Enjuiciamiento civil prescribe para el juicio de testamentaría; y para esto no hay más que consultar los artículos 1,095 y 1,097 de dicho cuerpo legal. Allí se ve, que habrá de cumplirse y guardarse lo que el testador hubiere dispuesto sobre la administración de su caudal hasta entregarlo á los herederos, y que cuando el testador no haya dispuesto lo que deba hacerse sobre este punto, la administración de las testamentarías se regirá por las reglas establecidas para las de los *abintestatos* (1).

Facultades que competen al administrador de una herencia aceptada á beneficio de inventario.—En forma por completo explícita y terminante establece el párrafo 2º del art. 1,026 del Código Civil, que el administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá la representación de la herencia para ejercitar las acciones que á esta competan y contestar á las demandas que se interpongan contra la misma; pudiendo añadir, que también corresponde á dicho administrador la facultad de

(1) Adviértase que no mencionamos la excepción que en este último supuesto consigna el art. 1,097 de la referida Ley de Enjuiciamiento, porque como veremos al hablar de las atribuciones del administrador de la herencia que se acepta á beneficio de inventario, no le están negadas las que el art. 1.008 de la misma confiere al administrador de un abintestato.

pagar á los acreedores y legatarios; á aquellos antes que á éstos (1).

Conviene hacer notar, que el legislador del Código, si bien no ha desenvuelto esta materia con acertado plan y método, en cambio ha estado más explícito, si cabe, que los autores de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuyos preceptos fundamentales sobre el asunto ha querido tomar por base. Y decimos esto, porque la Ley procesal, al determinar en su art. 1,098 las funciones ó facultades del administrador de una testamentaria, dice que solo tendrá la representación de la misma en lo que se relacione *directamente* con la administración del caudal, su custodia y conservación, y que en tal concepto podrá y deberá gestionar lo conducente para ello, ejercitando las acciones que procedan: y en cambio el Código le confiere á más de dichas atribuciones, la de contestar á las demandas que se interpongan contra la herencia. Es decir, que la nueva Ley civil sustantiva quiere que el administrador de la herencia que es aceptada á beneficio de inventario, tenga una representación en un todo *equivalente* á las funciones que corresponderían á aquél de quien proceden los derechos hereditarios; y no decimos *igual*, porque no le compete la venta de los bienes más que hasta donde sea necesario para el pago á los acreedores y legatarios; y esto con las formalidades que diremos.

De lo dicho se deduce, que no es exactamente cierto, como se afirma en el art. 1,020 del Código Civil, que al administrador de tales herencias corresponda la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo á lo que se prescribe para juicio de testamentaria en la Ley de Enjuiciamiento civil; porque de aplicar á la letra este precepto, prescindiendo de lo que el mismo Código prescribe en el art. 1,026, resultaría que á dicho administrador no correspondería, al tratarse de una herencia intestada, representarla en todos los pleitos que se promovieran ó estuvieran pendientes al morir el que la causaba, como asimismo en las incidencias del juicio del abintestato relacionadas con el caudal,

(1) Párrafo 2º del art. 1,026 del Código Civil, en relación con el artículo 1,027 del mismo.

pues el art. 1,097 de la Ley procesal, á que se remite el legislador del Código en el art. 1,020 de este, así lo hace constar, al exceptuar para el caso á que nos venimos refiriendo, las atribuciones á que alude el art. 1,008 de la Ley de procedimientos.

En conclusión, diremos, que á juicio nuestro las atribuciones que hoy competen al administrador de una herencia que se acepta á beneficio de inventario, son las indicadas en los citados artículos del Código Civil, y como complemento de lo en ellos dispuesto, lo que preceptuado tiene para las testamentarias y abintestatos la Ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto no se oponga á lo prescrito en aquel.

¿Cómo ha de solventar el administrador los créditos todos que contra la herencia pueden reclamarse?—También dan contestación á esta pregunta las disposiciones del nuevo Código, en algunos puntos relacionadas con la Ley de Enjuiciamiento. Así dice el artículo 1,027 del cuerpo legal primeramente citado, que el administrador no podrá pagar los legados, sino después de haber pagado á todos los acreedores: regla que dá el criterio para resolver la cuestión de preferencia entre los acreedores que podemos llamar ordinarios y los legatarios, como la contenida en el artículo siguiente la establece para determinar el orden en que han de ser pagados unos acreedores con relación á otros, diciendo: «Cuando haya juicio pendiente entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos, serán pagados por el orden y según el grado que señale la sentencia firme de graduación. No habiendo juicio pendiente entre los acreedores, serán pagados los que primero se presenten; pero, constandingo que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución á favor del acreedor de mejor derecho»; y en el art. 1,029 se añade: «Si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos solo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles».

Juzgando de la justicia de estos preceptos, y prescindiendo del peor ó mejor orden que los modernos legisladores han seguido al establecerlos, es fuerza reconocer que son justos y equitativos, pues que haciendo la necesaria separación entre los dis-

tintos conceptos porque se pueden reclamar derechos contra una herencia, dan preferencia á los títulos á que no podía negárseles sin cometer la más injusta arbitrariedad. Nadie duda que entre un acreedor común y un legatario debe ser preferido el primero, porque su título es, seguramente, oneroso, toda vez que hay que suponer y así sucede siempre, excepto en los casos de fraude, que algo ha dado (cosa ó servicio) en compensación de aquel derecho que se presenta reclamando contra la herencia; en tanto que el legatario presenta un título que de ordinario es gratuito, con el cual produciría verdadera lesión al acreedor común, si se declarase la preferencia á favor de aquél.

Ahora bien; tratándose de acreedores comunes, es justo que se dé la preferencia á aquellos que tal declaración hayan alcanzado de los Tribunales, pues que éstos, al resolver, han tenido que consultar los principios legales en virtud de los cuales la preferencia debe ser declarada; y cuando no ha mediado tal declaración por no haber sido objeto de litigio la prelación, es asimismo justo que se pague por el orden en que los acreedores se presenten al cobro, con la excepción del caso en que conste por cualquiera otro medio que algunos de los créditos conocidos es preferente, pues la caución que dá el que se presenta antes á cobrar es garantía del respeto debido á la preferencia (1).

Por último, es igualmente racional y justa la declaración legal, de que si después de pagados los legatarios apareciesen otros acreedores, éstos solo podrán reclamar contra aquellos cuando no haya otros bienes con que pagarles; porque en tal caso sale castigada algo la morosidad, bien que no llegando este castigo, como no debe llegar, al rigor de que pueda perder en absoluto su preferencia, que es precisamente por lo que aplaudimos la justicia del precepto legal.

Es evidente, que para cumplir el administrador la misión de pagar á los acreedores y legatarios, habrá de tener facultades

(1) Decimos que la caución la dá el acreedor que cobra por presentarse antes, aunque nada dice la ley, por entender que es más racional que sea él y no el heredero ó administrador el que la dé

para liquidar bienes de la herencia en cantidad suficiente para ello; liquidación ó venta que se realizará, cuando sea necesaria, en la forma establecida por la Ley de Enjuiciamiento civil respecto á los abintestatos y testamentarias, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa (1).

Cuentas que debe rendir el administrador de una herencia aceptada á beneficio de inventario, y responsabilidades que contrae.—Las atribuciones que las leyes conceden al administrador en este caso, no son ilimitadas, ni exento está de comprobación su ejercicio, sino que, como indicado queda, ha de desempeñarlas dentro de determinadas condiciones, y al finalizar su cometido ha de rendir cuentas á los interesados en averiguar si en efecto faltaba ó sobraba algo de la fortuna del causante de la herencia, para cumplir todas sus obligaciones. Es decir, que si el administrador es, en resumen, el encargado de practicar el balance del caudal hereditario, y por tanto, de averiguar la relación que existe entre el *activo* y el *pasivo* del que causa la herencia, es racional y á la vez legal y justo, que muestre ese estado de la fortuna del finado una vez practicada la liquidación que supone el pago de los créditos y legados.

Al ocuparse de esta cuestión los autores del moderno Código Civil, hacen una distinción respecto á la persona ó personas á quienes el administrador ha de rendir las cuentas generales; distinción que arranca de que haya habido ó no en la herencia bienes suficientes para pagar á todos los acreedores y legatarios.

(1) Véase el art. 1,020 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, y especialmente el citado y el 1,031, que son los que se refieren á la venta de frutos y otros bienes de la herencia, en los cuales se dispone que las ventas de los primeros se hagan mediante corredor donde lo haya; que la de los efectos públicos se haga al precio de cotización por medio de agente de Bolsa ó corredor que nombrará el Juez; y que la de las otras clases de bienes se decrete judicialmente y se verifique en pública subasta, previo avalúo por peritos.

No explicamos en el texto esta doctrina por no separarnos de nuestro propósito, y por la misma razón no hacemos más completas indicaciones en esta nota, remitiendo al lector al estudio de los artículos citados de la Ley procesal.

Así dice el art. 1,031, que «no alcanzando los bienes hereditarios para el pago de las deudas y legados, el administrador dará cuenta de su administración á los acreedores y legatarios que no hubiesen cobrado por completo, y será responsable de los perjuicios causados á la herencia por culpa ó negligencia suya».

Pero si hubiese habido bastante para todos los pagos y el administrador no fué el mismo heredero, deberá aquél rendir á éste la cuenta de su administración, bajo la responsabilidad antes indicada (1).

En verdad que no nos atrevemos á explicar el racional motivo que los legisladores tendrían presente para establecer esta distinción que nosotros calificamos de más ingeniosa que justa, pues entendemos, que en todo caso, el heredero tiene un interés grande, que la ley no ha querido respetarle, para enterarse de la gestión del administrador; interés que no es menor cuando los bienes no han alcanzado á cubrir los créditos y legados, porque ¿quién sabe si la deficiencia fué debida al mal ejercicio que el administrador hizo de sus atribuciones, perjudicando así no solo á los acreedores y legatarios, sino también al mismo heredero, y hasta á la memoria del causante de la herencia, cuyo concepto interesa más que á nadie al heredero? ¿Y cómo, por otra parte, podrá reclamar en este supuesto para hacer efectiva la responsabilidad del administrador culpable, si se le niega el elemento preciso y necesario para conocer si en efecto existe tal responsabilidad?

Bueno que á los acreedores y legatarios no se les deba dar cuenta de la administración de la herencia aceptada á beneficio de inventario nada más que cuando los bienes del que la causa no alcanzan al completo pago de sus derechos contra la misma, porque solo en este caso es cuando pueden tener interés en averiguar la aplicación dada á los bienes hereditarios; pero limitar el derecho del heredero á que el administrador le dé solo cuentas en casos determinados, nos parece la mayor de las injusticias; tanto más grande, cuanto que no vemos que pudiera ocasionar per-

(1) Párrafo 2º del art. 1,032 del Código Civil.

juicio alguno el que en todo caso se hubieran de rendir al heredero las cuentas generales de la administración. Por otra parte, entendemos que solo concediéndole siempre tan justa fiscalización, quedaría atenuada en parte la dureza de la ley que deja como eclipsada en tales casos la personalidad del heredero.

II Del derecho de deliberar: su concepto.—No es solo el beneficio de inventario el que la legalidad vigente concede al heredero como medio ventajoso para eludir la responsabilidad que la herencia, ó por mejor decir, su causante, pudiera tener: otórgale además el llamado derecho de deliberar, el cual no es otra cosa que, *la facultad concedida al heredero, para que durante un mes después de terminado el inventario de los bienes hereditarios, examine y forme juicio del estado de la herencia, manifestando después si la acepta ó repudia.* Es decir, que tal derecho no viene á significar otra cosa sino un plazo concedido al individuo que sea heredero, para poder examinar el *activo y pasivo* de la herencia y calcular en su vista si le conviene ó no aceptarla.

Importancia del derecho de deliberar.—En los tiempos de la antigua Roma, cuando el rigorismo de sus principios hizo que la aceptación de la herencia fuera, siquiera en determinados casos, un hecho necesario, y el heredero respondía hasta con sus propios bienes de las obligaciones del causante de la herencia, la introducción en aquel derecho de la facultad de deliberar antes de aceptar ó repudiar, implicaba la conquista de una condición ventajosísima para los herederos; pero bien pronto se vió, según dejamos consignado, que este era un recurso falaz y engañoso y para prevenir de modo más seguro lo que quería evitarse se estableció el recurso más eficaz para que el heredero no saliera perjudicado: el beneficio de inventario.

Nuestros legisladores no han mostrado nunca esa graduación en la concesión de estas ventajas á los herederos, sino que á un tiempo concedieron ambos recursos, y de aquí que consideremos que ha sido y es muy menguada la conveniencia que reporta el derecho de deliberar, por no estar exento el heredero que de él hace uso, de pagar en algún caso con sus bienes propios las cargas

de los hereditarios, pues cabe la formación de un mal cálculo y como necesaria consecuencia los positivos perjuicios á aquél que por carecer de los datos suficientes, ó por cualquiera otra circunstancia, no supo descubrir con precisión la verdadera y exacta relación entre el *activo* y el *pasivo* de la herencia, esto es, entre el valor de los bienes hereditarios y la suma de obligaciones á que los mismos habían de responder. Así, pues, creemos que establecido el beneficio de inventario hácese de todo punto innecesario el derecho de deliberar, y de hecho se practicará pocas veces, toda vez que sus ventajas son bien escasas, comparadas con las de aquél.

Personas que pueden hacer uso del derecho de deliberar.— Aunque no por modo tan expreso como al hablar del beneficio de inventario, significase por la Ley positiva civil, que todo heredero puede hacer uso del derecho de deliberar; pues al decir el párrafo 2º del art. 1,010 del Código Civil... «También podrá pedir la formación de inventario antes de aceptar ó repudiar la herencia para deliberar sobre este punto»; y hablando el párrafo 1º del mismo artículo de que todo heredero puede aceptar la herencia á beneficio de inventario, aunque el testador lo haya prohibido, dedúcese de un modo racional que también, y aun en el mismo supuesto de haberlo prohibido el testador, puede todo heredero hacer uso del derecho de deliberar antes de aceptar ó repudiar la herencia.

Modo de proceder el heredero para que pueda tener lugar el llamado derecho de deliberar.—Para que el heredero pueda utilizarse del derecho de deliberar, es necesario que comience por pedir previamente la formación del inventario. Así lo indica ese mismo segundo párrafo del citado artículo 1,010, y así lo aconseja también el buen sentido, porque el inventario es un elemento preciso y de toda necesidad para poder ejercitar aquel derecho: es el precedente necesario para que la deliberación pueda tener efecto, pues que si esta supone, en el caso que ahora consideramos, examen de la relación que media entre el *activo* y *pasivo* de la herencia, y esta situación de la fortuna del finado donde con toda precisión se hace constar es en el inventario que de sus

bienes y obligaciones se forme, es de toda evidencia que el cumplimiento de esta formalidad será lo primero en el ejercicio de aquel derecho. El inventario se formará con las solemnidades antes explicadas.

Por otra parte, el heredero que quiera hacer uso del derecho de deliberar, teniendo en su poder los bienes de la herencia ó parte de ellos, deberá manifestarlo al Juez competente para conocer de la testamentaria ó del abintestato, dentro de diez días siguientes al en que supiere ser tal heredero, si reside en el lugar en que hubiese fallecido el causante de la herencia. Este plazo será de treinta días si residiere el heredero fuera de dicho lugar (1).

Cuando el heredero no tenga en su poder la herencia ó parte de ella, ni haya practicado gestión alguna como tal heredero, los plazos expresados anteriormente se contarán desde el día siguiente al en que expire el plazo que el Juez le hubiere fijado para aceptar ó repudiar la herencia conforme al art. 1,005 del Código Civil, ó desde el día en que la hubiese aceptado ó hubiera gestionado como heredero (2).

El plazo para la deliberación es de treinta días después de terminado el inventario.

Efectos que produce la aceptación de la herencia pasado el plazo de la deliberación.—Como el derecho de deliberar no es otra cosa, en esencia, más que la facultad concedida al heredero para que durante el plazo de treinta días (3) manifieste al Juzgado si acepta ó repudia la herencia; pero sus efectos no trascienden á momentos posteriores á la aceptación, si es que por aceptar se resuelve, es evidente que una vez aceptada se hace responsable del cumplimiento de cuantas obligaciones tuviera en su contra el heredero, del mismo modo que adquiere todos los derechos de éste, siempre que tanto estos como aquellas tengan el carácter y

(1) Art. 1.014 del Código Civil.

(2) Art. 1,015 de id. id.

(3) El plazo de treinta días debe comenzar á contarse desde el siguiente al en que se hubiere concluido el inventario.

la consideración de transmisibles. Es decir, que una vez determinada la voluntad del heredero aceptando de una manera expresa la herencia, contrae las responsabilidades indicadas, como igualmente si deja pasar el indicado plazo de treinta días sin hacer ninguna manifestación, pues en uno y otro caso se supone que acepta pura y simplemente. Así, pues, para con relación al mismo heredero, podemos decir que el derecho de deliberar sobre la conveniencia ó desventaja de aceptar la herencia, no produce otro efecto que el de aplazar la consolidación del derecho hereditario, si es que el heredero se resuelve por aceptar, ó la apertura de la sucesión legítima ó abintestato, si es que la repudia y no le fué nombrado sustituto para este evento.

De las anteriores indicaciones se deduce, que no estamos conformes con la opinión que algunos tratadistas, y entre ellos el señor López R. Gómez sostienen, de que al mostrar su decisión el heredero después de haber deliberado durante el plazo legal de treinta días, pueda aceptar la herencia pura y simplemente ó á beneficio de inventario, produciéndose en conclusión distintos efectos, según la forma en que lo haga. Y decimos que no estamos conformes, porque de otra suerte equivaldría á utilizar los dos recursos á un tiempo, cuando del contexto de las actuales disposiciones legales se deduce que son dos cosas muy distintas, dos como beneficios ó ventajas que al heredero se conceden en forma disyuntiva, y para que á su gusto y con la consiguiente libertad elija uno ú otro; pero que adoptado el uno no pueda acogerse al otro. Esta es nuestra opinión, respetando, como siempre, cualquiera otra más autorizada; y así creemos que se ha venido significando siempre en nuestra historia legal, desde que ambos recursos fueron concedidos al heredero para que libremente optara por el que creyera más conveniente. Y por eso decimos antes, que creemos innecesario el derecho de deliberar, y juzgamos que rara vez será ejercitado, desde el momento que existe el beneficio de inventario, que independientemente de aquel y sin ser preciso á este para nada, puede hacer uso de él el heredero con mayores ventajas.

Con respecto á los legatarios, también el derecho de deli-

berar produce el efecto de dejar en suspenso sus reclamaciones contra la herencia, pues bien expresamente dice el art. 1,025 del nuevo Código Civil, que durante la formación de inventario *y el término para deliberar, no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados.*

Con relación á la transmisión del derecho de deliberar, justo es reconocer, aun contra la opinión de varios tratadistas, que la Ley positiva declara, aunque no de una manera expresa, que tal derecho se transmite á los herederos del que lo tenía, cuando éste muere durante el período de deliberación, pues no creemos que pueda darse otra interpretación al art. 1,006 del Código, cuando dice: «Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia, pasará á los suyos el mismo derecho que él tenía».

Legislación foral sobre el beneficio de inventario y el derecho de deliberar

Cataluña.—El derecho catalán establece en ventaja del heredero el derecho de deliberar y el beneficio de inventario, siguiendo los principios de la Legislación romana, cuya influencia fué siempre decisiva en aquel territorio. Sin embargo, hay que advertir que no han sido estrictamente seguidas las doctrinas del Derecho romano en cuanto á las formalidades exigidas para la formación del inventario, por lo que se refiere á la intervención de los fideicomisarios, acreedores y legatarios. Los plazos para formalizarlo son los mismos que consignaron las Leyes de Partida y que indicados quedan en los precedentes.

Como formalidad externa requiérese que asistan á la formación del inventario un Notario y dos testigos: así hecho, produce todos sus efectos, y dá derecho al heredero para detraer la cuarta falcidia ó trebeliánica, según práctica constante de los Tribunales.

En Tortosa ha de comenzar á formarse el inventario dentro de los treinta días siguientes al fallecimiento del causante de la

herencia y terminarse á los noventa de comenzado; habiendo de concurrir los acreedores y legatarios, y en su defecto se formalizará ante prohombres.

Aragón.—No hace el derecho aragonés especial declaración sobre el beneficio de inventario; pero no por eso puede negarse que exista, sino que, por el contrario, no hay herencia que no se entienda aceptada bajo tal condición ó beneficio, ya que en todo caso disfruta el heredero de las ventajas de aquel, aunque sin necesidad de formar inventario ni formular protesta alguna, como secuela precisa del principio que en Aragón rige, de que *la herencia nunca es dañosa al heredero*; principio que por otra parte hace innecesario el derecho de deliberar.

Navarra y Vizcaya.—En ambos territorios rigen los principios del llamado Derecho civil común ó de Castilla, y prescindimos de consignarlos por quedar ya explicados en los párrafos precedentes de este mismo Capítulo.

DOCTRINA LEGAL

Art. 1010 Todo heredero puede aceptar la herencia á beneficio de inventario, aunque el testador se lo haya prohibido.

También podrá pedir la formación de inventario antes de aceptar ó repudiar la herencia, para deliberar sobre este punto.

Art. 1011 La aceptación de la herencia á beneficio de inventario podrá hacerse ante Notario, ó por escrito ante cualquiera de los Jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamentaria ó abintestato.

Art. 1012 Si el heredero á que se refiere el artículo anterior se hallare en país extranjero, podrá hacer dicha declaración ante el Agente diplomático ó consular de España que esté habilitado para ejercer las funciones de Notario en el lugar del otorgamiento.

Art. 1013 La declaración á que se refieren los artículos anteriores no producirá efecto alguno si no va precedida ó seguida de un inventario fiel y exacto de todos los bienes de la herencia, hecho con las formalidades y dentro de los plazos que se expresarán en los artículos siguientes.

Art. 1014 El heredero que tenga en su poder los bienes de la herencia ó parte de ellos y quiera utilizar el beneficio de inventario ó el derecho de deliberar, deberá manifestarlo al Juez competente para conocer de la testamentaria, ó del abintestato, den-

tro de diez días siguientes al en que supiere ser tal heredero, si reside en el lugar donde hubiese fallecido el causante de la herencia. Si residiere fuera, el plazo será de treinta días.

En uno y en otro caso, el heredero deberá pedir á la vez la formación del inventario y la citación á los acreedores y legatarios para que acudan á presenciarse si les convinieren.

Art. 1015 Cuando el heredero no tenga en su poder la herencia ó parte de ella, ni haya practicado gestión alguna como tal heredero, los plazos expresados en el artículo anterior se contarán desde el día siguiente al en que expire el plazo que el Juez le hubiese fijado para aceptar ó repudiar la herencia conforme al art. 1005, ó desde el día en que la hubiese aceptado ó hubiera gestionado como heredero.

Art. 1016 Fuera de los casos á que se refieren los dos anteriores artículos, si no se hubiere presentado ninguna demanda contra el heredero, podrá éste aceptar á beneficio de inventario, ó con el derecho de deliberar, mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia.

Art. 1017 El inventario se principiará dentro de los treinta días siguientes á la citación de los acreedores y legatarios, y concluirá dentro de otros sesenta.

Si por hallarse los bienes á larga distancia, ó ser muy cuantiosos, ó por otra causa justa, parecieren insuficientes dichos sesenta días, podrá el Juez prorrogar este término por el tiempo que estime necesario, sin que pueda exceder de un año.

Art. 1018 Si por culpa ó negligencia del heredero no se principiare ó no se concluyere el inventario en los plazos y con las solemnidades prescritas en los artículos anteriores, se entenderá que acepta la herencia pura y simplemente.

Art. 1019 El heredero que se hubiese reservado el derecho de deliberar, deberá manifestar al Juzgado, dentro de treinta días contados desde el siguiente al en que se hubiese concluido el inventario, si acepta ó repudia la herencia.

Pasados los treinta días sin hacer dicha manifestación, se entenderá que la acepta pura y simplemente.

Art. 1020 En todo caso el Juez podrá proveer, á instancia de parte interesada, durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, á la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo á lo que se prescribe para el juicio de testamentaria en la Ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 1021 El que reclame judicialmente una herencia de que otro se halle en posesión por más de un año, si venciere en el juicio, no tendrá obligación de hacer inventario para gozar de este beneficio, y solo responderá de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados.

Art. 1022 El inventario hecho por el heredero que después repudie la herencia, aprovechará á los sustitutos y á los herederos abintestato, respecto de los cuales los treinta días para deliberar y para hacer la manifestación que previene el art. 1019, se

contarán desde el siguiente al en que tuvieren conocimiento de la repudiación.

Art. 1023 El beneficio de inventario produce en favor del heredero los efectos siguientes:

1º El heredero no queda obligado á pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma.

2º Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.

3º No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenecan á la herencia.

Art. 1024 El heredero perderá el beneficio de inventario:

1º Si á sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos ó acciones de la herencia.

2º Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización judicial ó la de todos los interesados, ó no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización.

Art. 1025 Durante la formación del inventario y el término para deliberar no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados.

Art. 1026 Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración.

El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá en ese concepto,

la representación de la herencia para ejercitar las acciones que á esta competan y contestar á las demandas que se interpongan contra la misma.

Art. 1027 El administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado á todos los acreedores.

Art. 1028 Cuando haya juicio pendiente entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos, serán pagados por el orden y según el grado que señale la sentencia firme de graduación.

No habiendo juicio pendiente entre los acreedores, serán pagados los que primero se presenten; pero, constanding que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución á favor del acreedor de mejor derecho.

Art. 1029 Si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos solo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles.

Art. 1030 Cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios, se realizará esta en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento civil respecto á los abintestatos y testamentarias, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa.

Art. 1031 No alcanzando los bienes hereditarios para el pago de las deudas y legados, el administrador dará cuenta de su administración á los acreedores y legatarios que no hubiesen cobrado por completo, y será responsable de los perjuicios causados á la herencia por culpa ó negligencia suya,

Art. 1032 Pagados los acreedores y legatarios, quedará el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia.

Si la herencia hubiese sido administrada por otra persona, ésta rendirá al heredero la cuenta de su administración, bajo la responsabilidad que impone el artículo anterior.

Art. 1033 Las costas del inventario y los demás gastos á que dé lugar la administración de la herencia aceptada á beneficio de inventario y la defensa de sus derechos, serán de cargo de la misma herencia. Exceptúanse aquellas costas en que el heredero hubiese sido condenado personalmente por su dolo ó mala fé.

Lo mismo se entenderá respecto de las causadas para hacer uso del derecho de deliberar, si el heredero repudia la herencia.

Art. 1034 Los acreedores particulares del heredero no podrán mezclarse en las operaciones de la herencia aceptada por éste á beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores de la misma y los legatarios; pero podrán pedir la retención ó embargo del remanente que pueda resultar á favor del heredero.

APLICACION PRACTICA

El administrador judicial de los bienes que forman parte de un juicio de testamentaría, tiene derecho para instar demanda de desahucio contra el coheredero que ocupa una de las fincas que pertenecen á los bienes de dicha testamentaría, sin que sean aplicables para evitar el desahucio las disposiciones referentes á la comunidad de bienes. (Sent. de 13 de Noviembre de 1895).

Es perfectamente inscribible la escritura de adjudicación de una finca hecha de oficio por el Juez á nombre de la administración del abintestato del ejecutado, sin que exista falta de personalidad en el otorgante, porque es la misma Ley de Enjuiciamiento civil la que le concede expresamente esa personalidad, y no puede servir de obstáculo á la inscripción el no aparecer en la escritura si la herencia ha sido ó no aceptada por los herederos del deudor. (Res. de 25 de Abril de 1895).

Para inscribir la escritura de una venta judicial hecha de oficio á consecuencia de un juicio ejecutivo á nombre de los herederos del ejecutado que han aceptado la herencia, es requisito necesario hacer previamente la inscripción á nombre de los mencionados herederos. (Res. de 25 de Mayo de 1895).



CAPITULO XXX

De las reservas



COMO una consecuencia de haber aceptado la herencia, se presenta la obligación de reservar el heredero señalados bienes á favor de determinadas personas, y por eso estudiamos esta institución seguidamente de haber hablado de la aceptación de la herencia en sus varias formas. Pero entiéndase que no decimos que la obligación de reservar es consecuencia de la aceptación de la herencia en el sentido de que todo heredero aceptante tenga tal obligación, sino en el de que no puede esta tener efecto cuando no se ha verificado la aceptación de la herencia.

Concepto y fundamento de la obligación de reservar.—Difícil es dar un concepto exacto y completo de la institución de las reservas; no seguramente porque haya confusión en la manera de concebir esta institución por lo que en sí es en esencia, sino por lo difícil que es comprender en la definición los varios casos que de reservas existen, según la legalidad vigente; y claro está que no pudiendo deducir después del concepto general las especies ó casos varios que en las reservas se presentan, tal concepto sería deficiente é incompleto. De este defecto adolecen cuantas defi-

hiciones conocemos de la institución de las reservas, y como prueba de ello vamos á indicar el concepto ó definición que sobre el particular consignan en sus libros los Sres. Falcón y López R. Gómez.

El primero de los indicados escritores dice: «Consiste la reserva en una obligación que la ley impone al viudo ó viuda que pasa á segundas nupcias, y al que tiene un hijo natural, de conservar en favor de los hijos del primer matrimonio los bienes que adquirió de alguno de ellos ó recibió á título gratuito del primer consorte».

El segundo de los citados tratadistas define las reservas diciendo: «Es la obligación que tiene el viudo ó viuda que pase á segundas nupcias de reservar intacta á favor de los hijos habidos en su primer matrimonio, la parte de bienes que adquirió del cónyuge premuerto ó de alguno de los hijos del mismo que hubiere fallecido abintestato».

A juicio nuestro, ambas definiciones son incompletas: la primera, porque no comprende expresamente el caso de reserva de que habla el art. 811 del Código, pues puede muy bien suceder que el ascendiente á que alude dicho artículo no sea el padre ni la madre viudos, sino el abuelo, bisabuelo, etc., quienes también tienen obligación de reservar en los casos y para las personas que más adelante explicaremos: y la segunda nos parece más deficiente todavía, porque á más de la indicada omisión y del defecto lógico de hacer entrar el definido en la definición, calla en absoluto acerca del caso en que sin contraer segundas nupcias, tenga el viudo ó viuda en su estado de viudez un hijo natural reconocido, ó declarado judicialmente como tal hijo.

Comprendemos lo difícil que se presenta el dar una completa definición de institución tan compleja como es la de las reservas, y por eso nosotros no lo pretendemos siquiera, contentándonos con exponer los términos más generales que pueden integrar el concepto de la institución en cuestión, para que después de explicados podamos formarnos exacta idea de lo que son las reservas. Estas pueden considerarse como la obligación que tienen las ascendientes de conservar en determinados casos señala-

dos bienes para que á su fallecimiento los hereden algunos de sus descendientes, con exclusión de todos los demás.

Decimos *obligación de conservar que tienen los ascendientes*, porque en todo caso la relación de parentesco que media entre la persona obligada á reservar y la á que asiste este derecho, es la de ascendiente á descendiente. Los *determinados casos* á que aludimos, son: cuando tal ascendiente, siendo el padre ó madre, ha pasado á segundo matrimonio, ó tenido durante el estado de viudez un hijo natural reconocido, ó declarado judicialmente como tal hijo; y cuando siendo cualquiera otro ascendiente, ó aun el mismo padre ó madre, se trata de bienes heredados de un descendiente, que éste hubiese adquirido por título lucrativo de un ascendiente ó de un hermano. Añadimos, *señalados bienes*, para significar que no todos los bienes que á los ascendientes correspondan tienen la condición de reservables, sino aquellos á que la ley dá esta consideración especial, como son los que el viudo ó viuda obligados á reservar hubiesen adquirido de su difunto consorte, de los parientes de éste por consideración á él, ó de un hijo de su primer matrimonio, por testamento, por sucesión intestada, por donación ó por cualquier título lucrativo, y los que el ascendiente hereda de su descendiente, cuando éste los adquirió por título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano. Y concluimos diciendo, *para que á su fallecimiento los hereden algunos de sus descendientes con exclusión de los demás*, porque este es el verdadero objeto de las reservas; evitar que en determinados casos pasen los bienes de una familia á otra, con la cual no tiene vínculo común alguno.

Por las anteriores consideraciones puede formarse exacta idea de lo que es la institución de las reservas, de la que bien puede decirse, no como definición y sí en forma de descripción, que es: obligación que el viudo ó viuda tienen cuando pasan á segundas ó ulteriores nupcias, ó les nace un hijo natural durante aquel estado de viudez, de conservar á favor de los hijos y descendientes del anterior matrimonio la propiedad de los bienes que haya adquirido de su difunto consorte, de cualquiera de los hijos del matrimonio anterior, ó los que haya habido de los parientes

del difunto por consideración á éste, por testamento, sucesión intestada, donación ú otro cualquier título lucrativo; y la que tiene el ascendiente que hereda de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano.

No es unánime la opinión de los tratadistas y escritores al tratar de explicar el verdadero fundamento de la institución de las reservas, como tampoco lo es al apreciar su justicia y la conveniencia de conservarla. Hay quien cree que la obligación de reservar reconoce como fundamento la aversión ó recelo con que siempre se han mirado los segundos matrimonios, y dicen que las leyes imponen esta obligación como una pena ó castigo civil á los incontinentes que tan pronto olvidan sus primeros votos. El segundo matrimonio—dicen—envuelve cierta injuria y olvido del cónyuge premuerto, que bien merece la privación de la plenitud de la propiedad de lo recibido por el injuriado, pues lo donado ó dejado á un cónyuge, debe presumirse que lo fué con la tácita condición de no repetir matrimonio, ó por lo menos de que, repitiéndolo, hubiera de reservarse para los hijos del donador ó testador, porque lo natural y razonable es que cada uno prefiera su propia sangre á la ajena.

Para nosotros, la razón á que debió y debe su establecimiento en las leyes positivas la institución de las reservas, no puede ser ese supuesto odio á las segundas nupcias, porque estas no fueron nunca reprobadas, ni por las leyes canónicas ni por las civiles; pues el que la Iglesia tuviera en algún tiempo por más perfecto el estado de los que no contraían segundos ó ulteriores matrimonios, no quiere decir que la permanencia en la viudez fuera impuesta por sus leyes, ni que al contrayente de segundas nupcias le hubiera de ser impuesto castigo alguno. La obligación de reservar, impuesta por las leyes civiles, no ha tenido nunca ni hoy tiene otro fundamento que el racional y justo deseo de impedir en lo posible que los bienes de una familia pasen á otra con la que no tiene aquella relación alguna, y á quien, pensando racionalmente, no hubiera querido que fueran á parar el causante

de esas adquisiciones reservables, porque como dicen los mismos que hacen arrancar esta obligación del odio á las segundas nupcias, lo natural y razonable es que cada uno prefiera su propia sangre á la ajena. Por eso, hablando de este particular, dice con sobrada razón un tratadista contemporáneo (1): «Presumió la ley, y sin duda que presumió muy atertadamente, que el marido que hizo donaciones á su mujer, se propuso que de su liberalidad participaran su mujer y sus hijos, nunca los hijos de otro marido; y para que esta presunta voluntad del donante se cumpliera, en lugar de condenar uniones nuevas, que nada tienen de reprobables ni de ilícitas, halló más justo despojar al donatario de la facultad de enajenar los bienes donados, dejándole únicamente que los disfrutara con entera libertad. Lo mismo acontece cuando la causa es el nacimiento de un hijo natural durante la viudez.»

Por último, si fuera cierto que la obligación de reservar hubiera de considerarse como castigo impuesto al cónyuge incontinente, no habría razón para obligar á reservar á todo ascendiente que hereda de sus descendiente bienes que éste adquirió por título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano (2); y si el fundamento de una institución ha de ser común á todos los casos que la misma comprenda, razón demás para no admitir como propio de la obligación de reservar el supuesto odio á las segundas ó ulteriores nupcias.

Precedentes histórico-legales de la obligación de reservar.—Es tan de razón, de justicia y de equidad la obligación de reservar en determinados casos, que no es de extrañar verla consignada en las leyes de todos los tiempos, aun en los momentos en que menos fuerza y significación haya tenido el desecho de que los bienes pertenecientes á una familia no salgan de ella. Por eso, si el Derecho romano en sus primeros tiempos no reguló esta institución, según afirma el Sr. Gutiérrez, bien pronto comprendieron sus legisladores la necesidad de dedicarle alguna atención, y dictando reglas á este efecto, con relación á las donaciones espon-

(1) Sr. Falcón.

(2) Caso de reserva á que se refiere el art. 811 del Código Civil.

salicias y matrimoniales primero, las amplió después Justiniano en sus *Novelas*, haciéndolas extensivas á otras clases de bienes, siendo de lamentar que las pasara en silencio en la *Instituta*.

Entre nosotros aparece la institución de las reservas desde los primeros Códigos que se formaron: así puede observarse que los autores del *Fuero Juzgo* dedicaron varias leyes de este al estudio de tan importante materia, como bien lo demuestra la *Ley V* del tít. 2.^o del lib. V, que establece una reserva general en favor de todos los parientes del marido, y la *IV* del mismo título y libro, en que se dice, que la donación que á la mujer hiciere el marido la debe haber hasta su muerte, pudiendo disponer como quisiere de la quinta parte, debiendo ir el resto á parar á los hijos de aquél, pues solo podía disponer del todo cuando no hubiere hijos de aquél marido; y si la mujer, viviendo el marido, moría sin disponer de lo por éste donado, tal donación debía volver al marido, y si éste era muerto, á sus herederos.

También en el *Fuero Real* se hallan algunas disposiciones concernientes á las reservas, pues se tenía establecido que si la mujer tuviere hijos de dos ó más maridos, cada uno de los hijos heredaran las arras que dió su padre, de manera que los hijos de un padre no compartieran con los de otros las arras que aquél dió.

Hasta en los *Fueros Municipales* se encuentran disposiciones referentes á la institución de las reservas, y buena prueba de ello es, que el de *Sepúlveda*, entre otros, prohibió al marido dejar á su mujer la propiedad de los bienes inmuebles, y únicamente le permitía legarla el usufructo, reservando aquella en favor de los hijos ó personas que en su día tuvieran derecho á heredar.

Las *Leyes de Partida* tampoco pasaron en silencio la institución de las reservas, cuyo estudio hicieron de un modo más completo que los Códigos anteriores, incluso la *Legislación romana*, siquiera haya que reconocer que su falta de claridad dió origen á cuestiones varias, como fué la de si la obligación de reservar se refería también al viudo, ó era solo aplicable á la viuda, que es á la que expresamente se refería; y si los bienes que habían de reservarse eran solo los que un cónyuge recibía del

otro, ó sí, por el contrario, debían comprenderse también los que los padres adquirieran por el abintestato de un hijo.

Una y otra opinión tuvieron sus más decididos defensores, y deseoso el legislador de las famosas Leyes de Toro de dar solución á tales cuestiones, se propuso aclarar las disposiciones legales anteriores, y á este efecto se hizo extensiva á los viudos; en la Ley XV, la obligación de reservar en los mismos casos en que estaba impuesta á las viudas; y con referencia á los bienes que habían de ser objeto de reserva también concretó no poco; desde el momento en que expresó que el viudo ó viuda estaban obligados á reservar la propiedad de lo que hubieren del primer marido ó heredaren de los hijos del primer matrimonio.

Personas que tienen obligación de reservar y á favor de quiénes.

—Las consideraciones generales que hacíamos al explicar los términos propios en que debe formularse el concepto de las reservas, nos enseñan quiénes son las personas obligadas á reservar, como asimismo á favor de quiénes tiene admitido este derecho la legalidad vigente. Así diremos, que tienen obligación de reservar el viudo ó viuda que pase á segundo matrimonio, ó tenga en estado de viudez un hijo natural reconocido, ó declarado judicialmente como tal hijo, y el ascendiente que hereda de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano (1).

Se pregunta por algunos si el viudo dos veces que contrae terceras nupcias estará ó no obligado á reservar; pregunta á que, según nuestro juicio, no cabe dar más que una contestación afirmativa, pues como el propósito que el legislador ha tenido presente al establecer las reservas no ha sido otro que el de evitar que por los sucesivos matrimonios, segundos ó terceros, pasen los bienes de una familia á otra, con perjuicio de los intereses de los individuos de la primera, siempre que este peligro pueda temerse habrá que poner los medios conducentes á evitarlo, y por consiguiente la misma ley hace extensivas sus prescripciones á los casos de terceros ó ulteriores matrimonios, y en cada caso la

(1) Art. 968 del Código Civil, en relación con los 980 y 811 del mismo.

reserva se constituirá á favor de los hijos habidos con los cónyuges anteriores, sobre los bienes heredados de los padres muertos ó de otros hijos del mismo matrimonio. Es decir, que la doctrina legal se aplicará en cada caso de nuevo matrimonio, reservando para los hijos habidos en los anteriores los bienes procedentes de cada cónyuge premuerto ó de los hijos de la misma generación.

Comparada la doctrina hoy vigente con la que establecida tenía el Derecho civil histórico en cuanto á las personas obligadas á reservar, se observa: que los modernos legisladores han adoptado el criterio fijado por los de Toro, en cuanto que han hecho extensiva la obligación lo mismo al viudo que á la viuda; pero han señalado además dos casos nuevos, como son, el del ascendiente que hereda de un descendiente bienes que éste adquirió por título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano, y el del viudo ó viuda que en estado de viudez tienen un hijo natural reconocido ó declarado judicialmente como tal hijo; casos nuevos que se fundan en igual razón que los anteriores: hacer que los bienes reviertan á la familia de que proceden.

Las personas á cuyo favor ha de reservarse determinados bienes, son: los hijos y descendientes habidos en el matrimonio anterior á aquel en que se contrae la obligación de reservar, ó existentes en el momento de nacer el hijo natural que el viudo ó viuda tienen durante el estado de viudez. Esto por lo que respecta á los casos de reserva originados por segundo ó posterior matrimonio ó por nacer un hijo natural. Por lo que se refiere al caso de reserva de los ascendientes de que habla el art. 811 del Código Civil, hay que estudiar más detenidamente lo dispuesto en el precepto de referencia, pues que no se deduce con toda claridad cuáles son las personas á cuyo favor está reconocido tal derecho (1), pues al decir..... *en favor de los parientes que estén den-*

(1) En lo referente á las personas obligadas á reservar en el caso del aludido artículo, no hay duda alguna y por eso nada hemos hecho notar: están comprendidos en el precepto legal todos los ascendientes.

tro del tercer grado y pertenezcan á la linea de donde los bienes proceden, hay necesidad de indagar cuáles son esos parientes, lo cual equivale á determinar la forma en que ha de verificarse la computación, no precisamente si esta ha de hacerse según el Derecho civil ó el canónico, sino más bien las personas entre quienes la computación ha de tener lugar, pues sabido es que ha de hacerse civilmente, toda vez que la computación canónica no tiene aplicación más que á la materia referente á los impedimentos para la celebración del matrimonio canónico.

Las dudas y cuestiones á que el precepto legal que venimos estudiando dió origen desde su publicación, consistían en si la la computación había de hacerse con el ascendiente obligado á reservar, con el descendiente á quien éste sucedió ó con el ascendiente ó hermano á quien primeramente sucedió el mismo descendiente; y decimos que *consistían*, por ser un punto hoy aclarado por la Jurisprudencia, la cual ha venido á determinar que esa relación de parentesco y grado se entienda la habida entre el descendiente á quien el ascendiente heredó con la obligación de reservar, y los parientes de aquél, vivientes en el momento de fallecer el ascendiente que fué heredero, y que estén dentro del tercer grado civil y correspondan á la línea de donde los bienes procedan.

Bienes que tienen la consideración de reservables.—En los casos de reserva motivada por unas segundas nupcias, ó por haber tenido el viudo ó viuda un hijo natural reconocido, ó declarado judicialmente como tal hijo, los bienes reservables son todos los adquiridos del consorte difunto, por testamento, por sucesión intestada, donación ú otro cualquier título lucrativo, pero no su mitad de gananciales; y además los que el cónyuge supérstite haya adquirido por los títulos antes indicados, de los hijos de su primer matrimonio, y los que haya habido de los parientes del difunto por consideración á éste (1).

Por lo que respecta á los bienes que son reservables en el caso de reserva á que se refiere el art. 811 del Código Civil, hay

(1) Artículos 968 y 969 del Código Civil.

que advertir que su determinación por la ley no se presenta clara, pues las palabras*se halla obligado á reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley*..... no implican más que una designación genérica é insuficiente para decidir desde luego y á primera vista á qué clase de bienes se refiere, pues hay que estudiar antes cuáles son esos bienes que por ministerio de la ley adquieren los herederos forzosos en las sucesiones testamentarias y abintestato.

Es evidente que tratándose de la sucesión testamentaria, los bienes que por ministerio de la ley se adquieren no son otros que los correspondientes á la cuota legitimaria. Mas cuando la sucesión se verifica sin testamento, nacen dudas sobre si por ministerio de la ley se adquieren todos los bienes hereditarios, ó tales términos son solo aplicables á la porción hereditaria que en todo caso hubiera formado la legítima.

Nosotros creemos que en las sucesiones abintestato toda la herencia se adquiere por ministerio de la ley, y á todos los bienes así heredados debe hacerse extensiva la obligación de reservar, no admitiendo, por tanto, la opinión de los que creen que en la sucesión abintestato el ascendiente heredero en las condiciones del art. 811 del Código, ha de reservar solamente una porción igual á la que por legítima le hubiera correspondido. Para convencerse de nuestra afirmación de que todo cuanto se hereda en las sucesiones abintestato se adquiere *por ministerio de la ley*, no hay más que fijarse en que la declaración de preferente derecho que la ley hace á favor de A ó de B es el único título con que á reclamar la herencia se presenta el llamado heredero legítimo; nombre que también se dá por la consideración de ser la ley, por su propio ministerio, la que hace el llamamiento. Y no puede decirse lo mismo en la sucesión testamentaria, porque en ella, por ministerio de la ley, no se adquiere más que aquella parte de bienes de que el testador no hubiera podido privar al ascendiente por tener el carácter de heredero forzoso, entendiéndose que lo que por voluntad del testador hereda es la diferencia, si la hay, entre esa cuota legitimaria y lo demás á que asciende la porción hereditaria que en junto recibe el ascendiente

que es nombrado heredero; diferencia que no está obligado á reservar, y sí solo la porción que constituye la cuota legitimaria, porque aunque el descendiente haga testamento é instituya heredero en esa parte al ascendiente, tal institución no varía la naturaleza de la legítima, que siempre es heredada por ministerio de la ley.

Comparada la doctrina legal hoy vigente con la que en el Derecho civil histórico regía sobre los bienes que tenían la condición de reservables, también se observan algunas variaciones, en el sentido de haber ampliado los modernos legisladores la obligación de reservar á más bienes de los que tenían esta consideración en el antiguo Derecho, pues además del caso de reserva de los ascendientes, se incluyen hoy entre los bienes reservables los que el viudo ó viuda adquieran de los parientes del cónyuge supérstite por consideración á éste; caso á que la interpretación más racional y la opinión de los más aventajados tratadistas no hicieron extensivas las prescripciones de las Leyes de Toro.

Momento en que nace la obligación de reservar.—Si las causas que actualmente dan lugar á la reserva de bienes son el contraer un nuevo matrimonio (segundo ó ulterior), el tener el viudo ó viuda un hijo natural reconocido ó declarado judicialmente como tal hijo durante el estado de viudez, y el heredar un ascendiente bienes de su descendiente, que éste á su vez hubiese adquirido de otro ascendiente ó de un hermano; y por otra parte, el objeto de esta institución es el no perjudicar los intereses de los hijos y descendientes legítimos del matrimonio anterior, es evidente que la obligación de reservar ha de nacer en el momento en que se repite matrimonio, nace el hijo natural á quien después se reconoce ó es declarado judicialmente de tal condición, ó se entra en posesión de los bienes heredados por el ascendiente del descendiente. En dichos momentos es cuando se reputa cumplida la condición resolutoria bajo la cual adquiere el viudo ó viuda los bienes de su difunto consorte ó los del hijo del primer matrimonio; como asimismo es cuando el ascendiente queda obligado á reservar en el caso de que habla el art. 811 del Código Civil, porque si no llega á aceptar la herencia es claro que no hay para qué hablar de la obligación de reservar.

Medios de garantir el cumplimiento de la obligación de reservar.

—Para dar sanción á la obligación que el legislador impone de reservar ciertos bienes heredados, á favor de determinadas personas, hacíase preciso dictar reglas para que aquel deber no quedara incumplido, como seguramente quedaría si á la libre voluntad del obligado hubiera quedado la determinación del modo y forma de cumplirlo, porque la humana codicia hubiera sido siempre insuperable obstáculo para dar exacto cumplimiento á un deber que la ley impone significando limitación de derechos sobre determinados bienes. Por eso, el legislador se ha visto obligado á exigir, como en todos los tiempos hizo, una garantía positiva, y como consecuencia de ello la práctica de las formalidades que á continuación estudiaremos, no sin antes indicar que los medios en otros tiempos empleados para asegurar los intereses de los hijos á cuyo favor se introdujeron las reservas, no fueron siempre iguales, pues mientras el Derecho romano no exigía más medio de garantía que la llamada *caución*, las Leyes de Partida concedieron á los hijos una hipoteca tácita general sobre los bienes de sus padres obligados á reservar; hipoteca que después entre nosotros se convirtió en especial expresa.

Según lo dispuesto en el art. 977 del moderno Código Civil, «el viudo ó viuda, al repetir matrimonio, hará inventariar todos los bienes sujetos á reserva; anotar en el Registro de la propiedad la calidad de reservables de los inmuebles, con arreglo á lo dispuesto en la Ley hipotecaria, y tasar los muebles».

Del examen de este precepto legal se deduce, que lo primero que ha de hacerse es, formar inventario de todos los bienes que tengan la consideración de reservables, formalidad de todo punto precisa, sea cualquiera el caso en que la reserva haya de tener lugar (1), porque lo primero que hay que averiguar es, cuáles son esos bienes que al fallecimiento del obligado á reservarlos han

(1) No hacemos excepción del caso de reserva á que se refiere el artículo 811, no obstante que la letra del 977 parece que limita la obligación de inventariar al viudo ó viuda, porque lo contrario equivaldría á dar predominio á la letra de la ley sobre su propio espíritu.

de ser reintegrados á los hijos del primer matrimonio ó á los parientes colaterales de la línea y grado á que el Código se refiere en el art. 811. La forma en que el inventario ha de hacerse no está prevenida por la Ley positiva; pero dada la trascendencia propia del acto, creemos que dicho inventario ha de ser de los llamados solemnes; esto es, que se ha de hacer ante Notario y testigos, por ser la forma que más garantías presenta.

Ahora bien; las prescripciones legales que implican verdadera garantía, y para la cual no es más que un antecedente necesario la formación de inventario, son las contenidas en la Ley hipotecaria á que aluden los autores del Código Civil, distintas, como es consiguiente, según que se trate de bienes inmuebles ó muebles, y siendo en este caso suficiente la garantía hipotecaria que ha de prestarse á asegurar: 1º la restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuviesen al tiempo de su muerte, si fuesen parafernales ó procedieran de dote inestimada, ó de su valor si procedieren de dote estimada; 2º el abono de los deterioros ocasionados ó que se ocasionaren por su culpa ó negligencia; 3º la devolución del precio que hubiere recibido por los bienes muebles enajenados ó la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si esta se hubiese hecho á título gratuito; y 4º el valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados (1).

Se ve, pues, que la garantía que la legalidad hoy vigente exige para el aseguramiento de los bienes que tienen la consideración de reservables es siempre hipotecaria, lo mismo cuando dichos bienes son muebles que cuando son inmuebles, y las formalidades que en cada caso han de cumplirse no son otras que las consignadas en los artículos 194 y siguientes de la Ley hipotecaria, con sus concordantes del Reglamento dictado para la ejecución de la misma (2), en cuyo examen no entramos por no hacer demasiado prolijas estas indicaciones.

(1) Art. 978 del Código Civil

(2) El art. 139 exige que por medio de nota al margen de la inscripción de dominio se haga constar la calidad de reservables,

Lo que sí hemos de hacer notar es, que como leyes de distinta época, el Código Civil y la Ley hipotecaria, no se hallan en esta explícitamente contenidas todas las reglas necesarias para los varios casos de reserva que aquel estudia, sucediendo que nada se dice en la última Ley citada del aseguramiento de los derechos hoy reconocidos á los hijos legítimos del matrimonio disuelto por la muerte de uno de los cónyuges, cuando el supérstite tiene un hijo natural durante su estado de viudez; como asimismo para el caso en que el ascendiente tiene obligación de reservar, á tenor de lo dispuesto en el tantas veces repetido art. 811 del nuevo Código Civil. Pero entendemos que estas omisiones, necesaria consecuencia de no estudiar el Derecho civil histórico los casos de reserva á que aludimos, pueden muy bien suplirse, y así debe hacerse, mediante la aplicación, por analogía, de cuantas disposiciones contiene la referida Ley hipotecaria concernientes al caso de reserva por segundos matrimonios.

Derechos del padre ó madre viudos sobre los bienes reservables.

—Dos facultades, ambas de gran significación, concede la Ley positiva al padre ó madre obligados á reservar: es la primera la de poder mejorar á los hijos ó descendientes del primer matrimonio, cuando segunda vez se casa el viudo ó viuda, en los bienes reservables. Así lo significa el art. 972 del Código Civil, cuando dice: «A pesar de la obligación de reservar, podrá el padre ó madre, segunda vez casado, mejorar en los bienes reservables á cualquiera de los hijos ó descendientes del primer matrimonio, conforme á lo dispuesto en el art. 823».

La segunda de dichas facultades es la de poder enajenar los bienes inmuebles reservables, siempre que lo haga antes de celebrar segundas bodas, con la obligación, desde que las celebrare, de asegurar el valor de aquellos á los hijos y descendientes del primer matrimonio (1): las enajenaciones en tal momento hechas serán válidas; y si las hace después de contraer segundo matrimonio subsistirán únicamente si á su muerte no quedan hijos ni des-

(1) Art. 974 del Código Civil.

endientes legítimos del primer matrimonio, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley hipotecaria (1).

Tratándose de bienes muebles, son válidas las enajenaciones que se hagan en cualquier tiempo, salva siempre la obligación de indemnizar (2).

La primera de las mencionadas facultades es por completo una novedad en el Derecho civil de Castilla, pues no cuenta en él con precedente alguno, y únicamente hay algo que se relaciona con esta cuestión en el Derecho de Navarra, que más adelante exponaremos. Esta falta de precedentes legales hace que sea más difícil la interpretación del texto legal apuntado, pues que en realidad no se sabe si la facultad de referencia puede hacerse extensiva á todos los bienes ó á la tercera parte; porque al decir que se hará conforme á lo dispuesto en el art. 823 del mismo Código, no puede de ello deducirse con toda seguridad si es que se le permite al padre ó madre disponer para el indicado objeto de mejorar de todos los bienes que como reservables adquirió, ó que solo puede hacerlo de la tercera parte de ellos, en forma análoga á como podría mejorar de los suyos propios.

A juicio nuestro, hay que concluir que puede el padre ó madre mejorar á un hijo ó descendiente del primer matrimonio en todos los bienes reservables, pues no haciendo la ley distinción alguna no debemos distinguir. Pero si esta razón no fuera suficiente, lo sería la deducida del examen del art. 973, en el que se dice: «Si el padre ó la madre no hubiere usado *en todo ó en parte*;..... cuyos términos enseñan que la facultad de mejorar se extiende á todos los bienes reservables; sin que valga oponer que de interpretar así la ley puede resultar manifiesto perjuicio para los descendientes no mejorados, porque todo el supuesto favor que con esta concesión pueda recibir el hijo ó descendiente no podrá ser mayor que el que el padre le hubiera podido otorgar directamente, quien pudo dejarle el tercio de libre disposición, mejorarle en el otro tercio y participar con los demás herederos

(1) Art. 975 del Código Civil.

(2) Art. 976 de i. l. id.

del tercero. Si el padre al morir dejó á su cónyuge supérstite el tercio de libre disposición, y á uno de sus hijos ó descendientes lo mejoró en otro tercio, aunque la madre sobreviviente le mejore también después en aquel tercio que ella recibió y que se hace reservable por contraer segundas nupcias, resultará que en total no percibe más que dos tercios de la herencia, y esto, repetimos, pudo también recibirlo directamente del padre.

La facultad de enajenar los bienes reservables sí que tiene precedentes en nuestro Derecho civil antiguo. Ya las Leyes de Partida concedieron este derecho á la viuda que pasaba á segundo matrimonio, bien que obligándola á constituir una hipoteca general sobre todos los bienes que existiesen en el posterior matrimonio que daba lugar á que tuviera efecto la obligación de reservar: y si la Ley hipotecaria no puede decirse que contenga disposición alguna que faculte para la venta, es porque tal declaración no es propia del contenido de aquella; pero en cambio puede deducirse de sus preceptos que no presenta obstáculo alguno para que se realice, antes bien puede efectuarse la enajenación sin perjuicio de los intereses de las personas en cuyo favor son reservables los bienes, pues los derechos de aquellos quedan siempre asegurados, desde el momento en que el padre ó madre binubos tienen que garantizar la devolución de tales bienes en la forma que dejamos indicada. De todos modos, hay que reconocer que la cuestión relativa al valor de las enajenaciones de los bienes reservables con anterioridad al Código Civil, fué objeto de gran discusión por los comentaristas y escritores; discusión mantenida por no hacerse cargo sus mantenedores de la verdadera naturaleza de la obligación de reservar.

Los autores del nuevo Código parece que han comprendido mejor esta cuestión, y partiendo del principio de que el viudo ó viuda que contrae segundas nupcias no es un mero usufructuario de los bienes que adquirió de su cónyuge supérstite, sino un verdadero dueño, siquiera tal transmisión de derechos se le haga con una condición para el caso de repetir matrimonio, no han visto inconveniente de concederles, en principio, la facultad de enajenar, bien que con las condiciones que consignadas dejamos,

como garantía suficiente para prevenir los posibles perjuicios que irrogarse pudiera por aquella facultad á las personas en cuyo favor tiene establecida la misma ley la obligación de reservar: de este modo se han armonizado, ó por lo menos así lo han querido los modernos legisladores, los intereses de unos y otros, al propio tiempo que se ha sancionado el principio de estabilidad en la contratación, cuyo efecto puede considerarse como de interés general.

Para explicar con la claridad necesaria la materia referente á la enajenación de los bienes reservables, hácese preciso distinguir si se trata de bienes muebles ó de inmuebles, y en este último caso si la enajenación tuvo lugar antes ó después de celebrarse segundo ó ulterior matrimonio ó de nacer el hijo natural, que son los hechos determinantes de la obligación de reservar y señalan además el momento en que tal obligación nace.

Si los bienes son muebles, las enajenaciones que de ellos se hagan antes ó después del segundo matrimonio ó de nacer el hijo natural son válidas, obligándose el viudo ó viuda que repite matrimonio á asegurar con hipoteca el valor de los que enajene, para indemnizar en su día á los herederos.

Tratándose de bienes inmuebles y habiendo tenido lugar su enajenación por el cónyuge sobreviviente antes de celebrar segundas bodas, tal enajenación será válida, con la obligación de asegurar el cónyuge binubo, á los hijos y descendientes del primer matrimonio, el valor de los bienes enajenados. Esta doctrina, que es la sancionada en el art. 974 del Código Civil, no podían formularla de otro modo los nuevos legisladores, toda vez que los bienes dejados al cónyuge supérstite por el premuerto, por un hijo de éste ó por sus parientes en consideración á él, le corresponden en plena propiedad, hasta que no contrae segundo matrimonio, y por consiguiente las enajenaciones que de ellos haga hasta tal momento serán válidas, como las que hace cualquier propietario. Pero como esa propiedad parece que es dejada al cónyuge viudo bajo cierta condición resolutoria, la de no contraer segundo matrimonio, es evidente que al celebrar este se cumplió la condición resolviendo la relación jurídica de propie-

dad mantenida entre aquél cónyuge y los bienes que le habían sido dejados con la implícita condición de hacerse reservables si contraia nuevo matrimonio.

Celebradas las segundas bodas, y cumplida con ello la condición resolutoria, la cuestión cambia de aspecto, porque entonces ya pierde el cónyuge binubo el carácter de propietario, convirtiéndose en mero usufructuario vitalicio. Mas como las enajenaciones que hizo antes de casarse segunda vez tuvieron lugar en tiempo que para ello estaba capacitado, tales enajenaciones se reputan válidas, y lo único que sucede es, que como la causa determinante de la obligación de reservar tuvo efecto, esto es, como la condición que hace nacer á favor de los hijos del primer matrimonio el derecho de reservar para ellos determinados bienes, se cumplió, el cónyuge que segunda vez celebra bodas debe garantizar sus derechos á los hijos del primer matrimonio, y de aquí que en el art. 974 del Código Civil se diga: *.....con la obligación, desde que las celebrare, de asegurar el valor de aquellos* (se refiere á los bienes inmuebles reservables vendidos antes del segundo matrimonio) *á los hijos y descendientes del primer matrimonio*; disposición legal que no puede ser más justa, porque al mismo tiempo que respeta relaciones de derecho concertadas en momento hábil, garantiza los intereses de aquellos para quienes nace un derecho con la celebración de las segundas bodas.

Si la enajenación de los bienes inmuebles reservables fuere hecha por el viudo ó viuda después de contrer segundo matrimonio, subsistirá únicamente si á su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero; sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley hipotecaria. Así viene á significarlo el art. 975 del Código Civil, haciendo necesaria alguna explicación, para evitar confusiones por todo extremo delicadas.

Del examen del citado texto parece deducirse, que el viudo ó viuda están facultados para enajenar los bienes reservables después de celebradas segundas nupcias, pero quedando los efectos de tal enajenación dependiendo del hecho eventual de que á la muerte del enajenante queden ó no hijos ó descendientes del primer matrimonio: si los hay, la venta se resuelve; si no los

hay, la venta queda firme y produce todos sus efectos como si la hubiera efectuado el que es verdadero dueño sin limitación ni traba alguna. ¿Y por qué esto así? La explicación es bien sencilla. Si bien la obligación de reservar nace desde que se contrae nuevo matrimonio ó nace un hijo natural (1), como tales acontecimientos no determinan la pérdida de todo derecho del cónyuge binubo ó prostituido para en el momento en que aquello sucede, sino que sigue usufructuando los bienes que se hacen reservables, y aun la propiedad de tales bienes le correspondería si antes que él mueren los hijos ó descendientes del cónyuge anterior, resulta, que la enajenación que de los bienes sujetos á reserva hubiere hecho el viudo ó la viuda después de contraer segundo matrimonio, será una enajenación que lleva en sí implícita una condición: la de que á la muerte del enajenante haya ó no hijos ó descendientes del primer matrimonio: si los hay, la venta queda resuelta, y si no los hay, la venta queda firme, y por tanto, consolidado el derecho del adquirente como si la enajenación la hubiera hecho el dueño de más absolutas facultades.

Sin embargo, hay que reconocer que en el caso que venimos examinando, el nuevo matrimonio ó el tener un hijo natural el viudo ó viuda, determinan el nacimiento de derechos á favor de los hijos y descendientes del matrimonio anterior, toda vez que si su padre ó madre viudos no hubieran incurrido en cualquiera de aquellos casos, les habría correspondido en pleno dominio los bienes reservables, y efectuados tales acontecimientos la propiedad de dichos bienes es de los hijos; y aunque sea un derecho sin ejercicio, en el sentido de que no les corresponde el usufructo, pueden no obstante disponer de tal derecho para transmitírselo á sus sucesores, cualquiera que éstos sean; pero si aquellos hubieran sido vendidos, la transmisión de que ahora hablamos tendría que hacerse á favor de descendientes ó hermanos, porque de lo contrario creemos que sería preferente el derecho del com-

(1) Tengan presente que son dos hechos que dan el mismo resultado y que aunque la ley no hace en muchos casos relación expresa más que á los posteriores matrimonios, se refiere también al nacimiento de un hijo natural.

prador, por haberle concedido la ley de un modo expreso la consolidación del dominio sobre los bienes reservables que compró al viudo ó la viuda que repitió matrimonio, cuando al morir éstos no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero.

Modo de suceder en los bienes reservables los hijos y descendientes del primer matrimonio.—Indicado dejamos anteriormente, que el padre ó la madre obligados á reservar pueden mejorar á á los hijos del primer matrimonio en todo ó parte de los bienes reservables; pero cuando no hayan hecho uso de esta facultad legal la sucesión en los bienes reservados se efectuará conforme á las reglas que explicadas quedan al hablar de la sucesión legítima en la línea recta descende, aunque á virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente los hijos y descendientes legítimos al cónyuge premuerto ó hubiesen renunciado ó repudiado su herencia (1). Es decir, que en el supuesto de que el viudo ó la viuda que contraen nuevo matrimonio no hayan mejorado en todo ó parte de los bienes reservables á los hijos ó descendientes del primero, la división de tales bienes se hará por partes iguales cuando sean los concurrentes hijos del primer matrimonio, y cuando con los hijos concurren nietos, cada estirpe de éstos percibirá una porción igual á cada uno de los hijos, pues los primeros heredan por derecho propio y la división de la herencia se hace por cabezas, y los segundos concurren á heredar en representación de su padre ó madre y la división para ellos tiene lugar por estirpes; debiendo advertir, que la representación puede tener aquí lugar por las mismas causas que antes dijimos que podía ser motivada en el curso ordinario de las sucesiones: por haber el padre muerto con anterioridad al fallecimiento del obligado á reservar, ó por haber sido desheredado.

Causas porque cesa la obligación de reservar.—Cesará la obligación de reservar—dice el art. 970 del Código Civil,—cuando los hijos de un matrimonio, mayores de edad, que tengan derecho á los bienes, renuncien expresamente á él, ó cuando se trate de cosas dadas ó dejadas por los hijos á su padre ó á su madre,

(1) Art. 973 del Código Civil.

sabiendo que estaban segunda vez casados. Mas como la obligación de reservar tiene por único objeto no perjudicar los intereses de los hijos y descendientes legítimos del matrimonio anterior, es evidente que si al morir el padre ó la madre que contrajo segundo matrimonio no existen aquellos descendientes del primero, los efectos de la obligación de reservar desaparecen (1), pues que según hemos visto, las consecuencias de la obligación de reservar parece como que quedan siempre aplazadas hasta el fallecimiento del viudo ó viuda obligado á la reserva de bienes por haber contraído nuevo matrimonio ó tener un hijo natural reconocido, ó tenido por tal legalmente, durante el estado de viudez.

Por último, cesa también la obligación de reservar, cuando no existiendo más que un hijo legítimo del primer matrimonio, que á su vez no tiene descendencia, es desheredado por el cónyuge premuerto en virtud de justa causa: y decimos en el caso en que no tenga descendencia legítima, porque si la tuviera, los efectos de la desheredación no llegarían á ella, sino que á sus hijos y descendientes correspondería el derecho que á los bienes reservados le hubieran correspondido al desheredado, ya que así es consecuencia del llamado derecho de representación.

Tales son las causas que pueden dar lugar á que cese la obligación de reservar, cuya justificación es tan palmaria que nos releva de hacer detenidas consideraciones.

Si el hijo mayor de edad á cuyo favor está establecido el derecho de reserva renuncia á él, evidente es que debe quedar el padre relevado de la obligación de reservar, porque en tal supuesto existe la renuncia de un derecho; renuncia que no puede negar la ley desde el momento que con ella no se perjudica derecho alguno de un tercero, y si en tal caso es admisible toda renuncia, debe admitirse que lo sea todavía más en este, por redundar en beneficio del padre ó madre, pues que la renuncia aquí no implica más que la absolución de una obligación á aquél que le dió el ser: y la misma razón existe para que cese dicha obligación

(1) Art. 917 del Código Civil.

respecto á las cosas dadas ó dejadas por los hijos á su padre ó á su madre sabiendo que estaban segunda vez casados.

El caso de cesar la obligación de reservar por no existir hijos ó descendientes legítimos del primer matrimonio cuando el cónyuge binubo muere, no necesita explicación alguna, pues se refiere á la desaparición de la causa porque las reservas tienen lugar, y, por consiguiente, deben desaparecer los efectos. A este mismo supuesto queda reducido el caso de no haber más que un hijo que tuviera derecho á la reserva y hubiera sido desheredado justamente por el padre ó madre premuertos, sin que á su vez tuviera descendencia legítima.

Algunos tratadistas presentan la cuestión de si cesará la obligación de reservar cuando el cónyuge premuerto hubiera autorizado al supérstite para contraer segundo matrimonio; y por más que hay quien la resuelve en sentido afirmativo, nosotros nos inclinamos por la negativa en consideración á que la Ley positiva establece tal obligación sin distinción alguna, siempre que el viudo ó viuda contraigan segundo ó ulterior matrimonio, y como es sabido, las disposiciones del testador no pueden ir contra lo preceptuado por las leyes. Además, de la obligación de reservar nace un correlativo derecho, que no es sancionado por la ley á favor del padre ó madre, en cuyo caso podrían renunciarlo, sino á favor de los hijos, y en este supuesto solo ellos pueden formular la renuncia.

Legislación foral sobre reservas

Cataluña.—Rigen en Cataluña las doctrinas del Derecho romano en punto á reservas de bienes, y como complemento están, para caso de insuficiencia de sus leyes, los principios de la legislación común, y en especial los contenidos en la Ley hipotecaria.

Las causas que dan lugar á la obligación de reservar son las mismas que en Castilla y además el divorcio. Pero no existe el caso de reserva por nacer un hijo natural.

Los bienes sujetos á reserva son los mismos que en Castilla hemos señalado, con la excepción de no estar afectos á esta condición aquellos bienes que el padre adquiere del hijo en virtud de los pactos de reversión en Cataluña vigentes y en constante uso; pero en cambio el cónyuge sobreviviente que sucede á falta de colaterales é hijos naturales debe reservar los bienes raíces de abolengo.

En cuanto al aseguramiento de los bienes reservables rige la misma doctrina que en Castilla, porque los principios de la Ley hipotecaria son de aplicación general.

La facultad de mejorar en bienes reservables no es conocida en Cataluña, por cuya razón tales bienes se dividen siempre por partes iguales entre los llamados á heredarlos al morir el cónyuge obligado á reservar.

Aragón.—En virtud de la libre facultad de disponer de los bienes por causa de muerte, los Fueros y Observancias de Aragón nada hablan de las reservas, sin duda por creer que esta institución es opuesta á aquel principio.

Navarra.—Las leyes de Navarra imponen al cónyuge viudo, sea el marido ó la mujer, la obligación de reservar para los hijos del matrimonio anterior lo que hubiere recibido del cónyuge premuerto, bien que con la facultad en el supérstite para disponer de los bienes reservados á favor de uno de los hijos en concepto de mejora; cuya declaración han aplicado los legisladores de nuestro nuevo Código Civil para el llamado Derecho de Castilla.

La obligación de reservar que el cónyuge viudo tiene en Navarra es de tal carácter, que ni siquiera cesa por haber relevado de ello el cónyuge premuerto al sobreviviente.

Vizcaya.—Rigen las doctrinas del Derecho civil común ó de Castilla, y solo presenta como especialidad la de constituirse sobre los bienes dejados al padre por un hijo á título lucrativo; pero con la facultad de poder disponer de ellos en favor de algún otro hijo, hermano de aquél por doble vínculo.

DOCTRINA LEGAL

Art. 968 Además de la reserva impuesta en el artículo 811, el viudo ó viuda que pase á segundo matrimonio estará obligado á reservar á los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación ú otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales.

Art. 969 La disposición del artículo anterior es aplicable á los bienes que, por los títulos en él expresados, haya adquirido el viudo ó viuda de cualquiera de los hijos de su primer matrimonio, y los que haya habido de los parientes del difunto por consideración á éste.

Art. 970 Cesará la obligación de reservar cuando los hijos de un matrimonio, mayores de edad, que tengan derecho á los bienes, renuncien expresamente á él, ó cuando se trate de cosas dadas ó dejadas por los hijos á su padre ó á su madre, sabiendo que estaban segunda vez casados.

Art. 971 Cesará además la reserva si al morir el padre ó la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos del primero.

Art. 972 A pesar de la obligación de reservar, podrá el padre ó madre, segunda vez casado, mejorar en los bienes reservables á cualquiera de los hi-

jos ó descendientes del primer matrimonio, conforme á lo dispuesto en el art. 823.

Art. 973 Si el padre ó la madre no hubiere usado, en todo ó en parte, de la facultad que le concede el artículo anterior, los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio, sucederán en los bienes sujetos á reserva conforme á las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente, aunque á virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto, ó hubiesen renunciado ó repudiado su herencia.

El hijo desheredado justamente por el padre ó por la madre perderá todo derecho á la reserva; pero, si tuviere hijos ó descendientes legítimos, se estará á lo dispuesto en el art. 857.

Art. 974 Serán válidas las enajenaciones de los bienes inmuebles reservables hechas por el cónyuge sobreviviente antes de celebrar segundas bodas, con la obligación, desde que las celebrare, de asegurar el valor de aquellos á los hijos y descendientes del primer matrimonio.

Art. 975 La enajenación que de los bienes inmuebles sujetos á reserva hubiere hecho el viudo ó la viuda después de contraer segundo matrimonio, subsistirá únicamente si á su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero; sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley hipotecaria.

Art. 976 Las enajenaciones de los bienes muebles hechas antes ó después de contraer segundo matrimonio serán válidas, salva siempre la obligación de indemnizar.

Art. 977 El viudo ó la viuda, al repetir matrimonio, hará inventariar todos los bienes sujetos á reserva, anotar en el Registro de la propiedad la calidad de reservables de los inmuebles con arreglo á lo dispuesto en la Ley hipotecaria, y tasar los muebles.

Art. 978 Estará además obligado el viudo ó viuda, al repetir matrimonio, á asegurar con hipoteca:

1º La restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvieren al tiempo de su muerte, si fuesen parafernales ó procedieran de dote inestimada; ó de su valor, si procediesen de dote estimada.

2º El abono de los deterioros ocasionados ó que se ocasionaren por su culpa ó negligencia.

3º La devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados ó la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho á título gratuito.

4º El valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados.

Art. 979 Lo dispuesto en los artículos anteriores para el caso de segundo matrimonio rige igualmente en el tercero y ulteriores.

Art. 980 La obligación de reservar impuesta en los anteriores artículos será aplicable al viudo ó viuda que, aunque no contraiga nuevo matrimonio, tenga, en estado de viudez, un hijo natural reconocido, ó declarado judicialmente como tal hijo.

Dicha obligación surtirá efecto desde el día del nacimiento de éste.

APLICACION PRACTICA

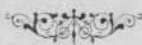
Los bienes que el padre adquiere de su descendiente sujetos á la reserva de que habla el art. 811 del Código Civil son enajenables, debiendo expresarse tal condición en la inscripción del Registro de la propiedad. (Res. de 25 de Junio de 1892).

La reserva de bienes de que habla el art. 811 del Código Civil, se refiere al tercer grado de parentesco entre la persona á cuyo favor debe hacerse la reserva y el descendiente de quien proceden inmediatamente los bienes. (Sent. de 16 de Diciembre de 1892).

La reserva que impone el art. 811 del Código Civil, tiene el carácter de legal, no siendo por ello preciso, para que los bienes en que consiste estén sujetos á esa reserva, que esta se verifique por el adquirente. (Res. de 5 de Enero de 1893).

Aunque las disposiciones de los artículos 977 y 978 del Código Civil, referentes á la seguridad de los bienes reservables, se refieren especialmente á los viudos que contraen segundas ó ulteriores nupcias, no por eso dejan de ser aplicables al caso de reserva establecido en el art. 811 del mismo, porque, aparte la razón legal, que es idéntica en ambos casos, obliga á entenderlo así la decisiva circunstancia de que dichas disposiciones se hallan consignadas en el Capítulo que trata de las cosas comunes á las herencias por testamento y sin él, y porque el art. 968, hace expresa referencia á la reserva impuesta en el señalado con el número 811. (Sent. de 8 de Noviembre de 1894).

La obligación de reservar que impone el art. 811 del Código Civil, no puede tener efecto en las sucesiones verificadas conforme á la antigua Legislación de Castilla, en la cual no se conocía este derecho de troncalidad establecido por vez primera en el nuevo Código. (Sent. de 19 de Junio de 1896).



CAPITULO XXXI

Del derecho de acrecer



ESTUDIAMOS el derecho de acrecer después de examinar la doctrina concerniente á la repudiación de la herencia, por la misma razón porque debe estudiarse y estudiamos lo que á las reservas se refiere, después de conocer la materia propia de la aceptación de la herencia, pues si bien el derecho de acrecer no supone en todo caso que haya mediado repudiación por parte de un coheredero, sí que en muchos casos es efecto de esta causa, y por ello hemos creído mejor y más preferible la adopción del plan indicado. Además, estudiamos el derecho de acrecer en esta última parte de nuestro libro, por poderse dar lo mismo en la sucesión testamentaria que en la legítima.

Concepto y fundamento del derecho de acrecer.—Dícese por la generalidad de los tratadistas, que el derecho de acrecer es la facultad que la ley concede á los coherederos ó colegatarios llamados conjuntamente al goce de una herencia ó de parte de sus bienes, para percibir la porción del coheredero ó colegatario que resulte vacante por muerte ó renuncia del mismo.

A juicio nuestro, este concepto que del derecho de acrecer

se dá es incompleto, y para así afirmarlo nos fundamos en que dicho derecho de acrecer no tiene solo lugar entre coherederos y colegatarios, sino que se dá también, según es sabido, bien que solo en determinados casos, entre donatarios conjuntos y aun entre albaceas y testamentarios con relación á la retribución señalada conjuntamente por el testador, pues como en el Capítulo XXIV explicamos, la parte de aquellos albaceas que en tal supuesto no admitan el cargo acrecerá á los que lo desempeñen. Así, pues, entendemos que para que el concepto del derecho de acrecer pueda estimarse como completo, habrá de comprender todos los casos indicados, y para ello, si por exigencias lógicas no se pueden expresar todos en el concepto general, bastará con el empleo de términos por los cuales no pueda creerse excluido ningún caso de los en que tal derecho de acrecer ha de tener ó pueda tener lugar, sino que, por el contrario, comprenda á todos. Por eso, y sin pretensión de dar una exacta definición de la institución que venimos considerando, y mucho menos un concepto científico, diremos que el derecho de acrecer es: *La facultad concedida por la ley para que los llamados conjuntamente con otros al disfrute de ciertos bienes, por actos inter vivos ó mortis causa, perciban, en determinados casos, á más de su parte propia, la correspondiente á aquellos que no llegan á percibirla, por no poder ó no querer.*

Los términos que empleamos en este concepto general del derecho de acrecer son más comprensivos que los que la generalidad de los tratadistas emplean, y no puede considerarse excluido ninguno de los casos varios en que según la legalidad vigente, y que indicados dejamos, pue le tener lugar el llamado derecho de acrecer.

Decimos que es facultad concedida por la ley, porque esta, en efecto, es la que hace la declaración de tal derecho, siquiera arranque, como después veremos, de lo que se supone voluntad del testador ó donante. Indicamos que tal facultad está concedida á los llamados *conjuntamente* con otros al disfrute de determinados bienes, porque la *conjuntividad*, según más adelante hemos de ver, es condición precisa para que el derecho de acre-

cer pueda tener lugar. Añadimos que el llamamiento conjunto puede ser hecho por actos *inter vivos* y *mortis causa*, porque en transmisiones hechas por uno y otro medio puede tener efecto el derecho de acrecer; de lo cual es buena prueba que lo mismo puede darse entre donatarios conjuntos que entre coherederos. Y concluimos diciendo *para percibir en determinados casos, á más de la porción propia, la parte de aquél que no llega á percibirla por no poder ó no querer*, porque el fin de esta facultad ó derecho que ahora estudiamos no es otro que acrecentar la porción que personalmente es dejada á cada copartícipe, y para indicar que no en todo caso de *conjuntividad* tiene lugar el derecho de acrecer, pues una cosa es que la conjuntividad sea necesaria para que aquel derecho exista y otra cosa muy distinta que en todo llamamiento conjunto haya de darse el derecho de acrecer siempre y en todo caso en que exista porción vacante. Además, los términos con que concluimos el concepto están indicando que para que haya lugar al derecho de acrecer ha de existir porción vacante, que puede ser producida porque uno de los llamados conjuntamente no pueda ó no quiera percibir la parte que según el llamamiento le correspondía; esto es, que la vacante puede ser motivada por impotencia ó por noluntad.

El fundamento del derecho de acrecer estriba en la presunta voluntad del testador ó donante y no en convencionalismos legales, como en Roma sucedía, para evitar los rigores de aquel derecho, que conceptuaba indigno al que moría sin sucesión, y no permitía morir en parte testado é intestado en parte. Hoy existe el derecho de acrecer, porque se supone que el testador ó donante quiere que todos los llamados conjuntamente al disfrute de sus liberalidades, se beneficien con ellos preferentemente á ninguna otra persona no designada.

Consideraciones históricas sobre el derecho de acrecer.—Todas las legislaciones que han reconocido libertad en el heredero para repudiar la herencia, hánse visto en la necesidad de dictar reglas determinando á quién y cómo ha de ir á parar esa porción de herencia que vacante queda por efecto de la no aceptación; y por

eso también es institución desconocida en el antiguo Derecho romano para los llamados herederos necesarios: tenían por necesidad que aceptar la herencia que por la voluntad del testador ó por ministerio de la ley les era dejada, y como la consecuencia de esto era la falta de porción vacante, dicho es, que no había términos de posibilidad para que el derecho de acrecer tuviera lugar. Pero admitido por aquella legislación el recurso de la repudiación, ya podía ocurrir que hubiera porción de herencia vacante, como igualmente en el caso en que el heredero muriera antes que el testador ó aquél incurriera en causa de indignidad, y fué preciso dictar reglas estableciendo á quién y cómo había de ir á parar tal porción vacante, dando lugar al llamado derecho de acrecer, siquiera la porción vacante recibiera distintos nombres (1) según la causa porque era motivada.

En nuestro Derecho civil patrio no se encuentran precedentes del derecho de acrecer hasta que D. Alfonso el Sabio escribió su Código de las Partidas, que, como en tantas otras instituciones, se dejó influir poderosamente por el espíritu de las leyes de Roma; y sus principios tuvieron aplicación hasta la publicación del Ordenamiento de Alcalá, en cuyo cuerpo legal se prescindió de la distinción entre las diversas causas porque podía ser motivado el derecho de acrecer, con lo cual quedaron derogados los principios de las Leyes de Partida, que igualmente que las romanas habían aceptado las distinciones á que hacemos referencia en la precedente nota.

El derecho de acrecer, no fué ya desde la reforma operada por el Ordenamiento de Alcalá lo que había sido hasta entonces, ni se explicaba por la misma razón que en los anteriores tiempos se había justificado: desde entonces el derecho de acrecer tenía su fundamento, como hoy hemos dicho que lo tiene, en la presunta voluntad del causante de la herencia, cuando esta es testamentaria, y en la declaración legal, que también de aquella pre-

(1) Llamábase *bona vacante*, cuando procedía de la repudiación: *bona caduca*, cuando era ocasionada por premuerte del heredero; y *bona hereditia*, si procedía de ser indigno el heredero.

sunción arranca, cuando la herencia es abintestato. Y como las posteriores disposiciones legales ninguna variación establecieron en este sentido, ni tampoco introdujeron cambio alguno en los principios reguladores de la institución que venimos considerando, puede decirse que las doctrinas que sobre el particular formuló la Ley del Ordenamiento han sido las vigentes hasta la fecha, por cuya razón á ellas reduciríamos nuestro estudio, como el más inmediato precedente de las declaraciones hoy consignadas en el nuevo Código Civil sobre el llamado derecho de acrecer, si no fuera porque lo creemos innecesario, toda vez que los autores de este, fieles cumplidores en este punto de lo que preceptuado les tenía la *base* 19 de la Ley de 11 de Mayo de 1888, han dado sanción á los principios que hasta la fecha habían venido rigiendo, completándolos con las declaraciones contenidas en la Jurisprudencia.

Condiciones necesarias para que el derecho de acrecer tenga lugar en la sucesión testamentaria.—Para que el derecho de acrecer tenga lugar en la sucesión testamentaria se requiere: 1º Que dos ó más sean llamados á una misma herencia, ó á una misma porción de ella, sin especial designación de partes. 2º Que uno de los llamados muera antes que el testador, ó que renuncie la herencia, ó sea incapaz de recibirla (1).

Estos dos requisitos se reducen, pues, á existir *conjunción en el llamamiento* de los herederos, y *porción vacante* en la herencia. Pero hay que advertir, que no todo llamamiento hecho en forma conjuntiva dá ó puede dar lugar al derecho de acrecer, sino que, como muy bien dice el precepto legal preinserto, dicho llamamiento ha de estar hecho sin designación de partes; sin que para nada influya que los herederos llamados conjuntamente lo sean para toda la herencia ó solo para una parte de ella. Y la porción vacante, segundo requisito necesario, según expresa el mismo texto legal citado, puede estarlo por morir un heredero antes que el testador, ó por no querer ó no poder aceptar la herencia, porque en los tres casos mencionados nada llegó á adquirir el nombrado

(1) Art. 982 del Código Civil.

heredero que pudiera transmitir á su vez á los suyos; pues si la muerte del testador hubiera ocurrido antes que la del heredero y éste hubiese aceptado la herencia, el derecho de acrecer no podría tener lugar por no existir porción vacante, porque en tal supuesto la adquisición de la herencia por el heredero nombrado conjuntamente con otro ú otros había tenido ya efecto, se había consumado, y tal adquisición, así perfecta, produce como natural consecuencia la falta de porción vacante y la preferencia en los sucesores de ese mismo coheredero, para percibir antes que los otros coherederos los bienes hereditarios correspondientes á esa porción.

Explicación de lo que es la conjunción y sus especies.—Por *conjunción* aquí se entiende, el llamamiento de dos ó más herederos al disfrute de una misma cosa ó derecho de la herencia, y los tratadistas distinguen en ella tres clases, que son: *real*, *personal* y *mixta*. Dicen que existe conjunción *real* en el llamamiento de dos herederos, cuando ambos son llamados al disfrute de los mismos bienes en distintas cláusulas del testamento, como si en una de ellas dijera el testador: instituyo por mi heredero en la finca A á Juan; y después en otra cláusula expresara: quiero que la finca A sea para mi heredero Francisco.

Aplicando á cada heredero instituido los principios generales de la sucesión, ambos se creerían con perfecto derecho á la totalidad de la finca designada; caso de supuesta colisión que viene á resolver la muerte de uno de esos herederos nombrados, y cuando esto ocurre, el sobreviviente percibe toda íntegra la cosa hereditaria á los dos dejada en el mismo testamento, y para esto no tiene que reclamarla en representación de aquél otro que era su coheredero, sino que le pertenece por propio derecho; y por ello se sostiene por muchos, que en el supuesto caso no es propiamente hablando derecho de acrecer lo que existe, sino más bien de *no decrecer*, pues que si la muerte de uno de los herederos no hubiera tenido efecto, *decrecería* realmente ese derecho que á la totalidad de la finca argüía, por su forma, cada uno de los llamamientos, por la existencia del otro título, en cuanto que habría de dividirse por iguales partes entre los dos herederos llamados.

La conjunción *verbal* existe, cuando el llamamiento de dos ó más herederos al disfrute de una misma cosa de la herencia sin designación de partes tiene lugar en la misma cláusula del testamento; como si el testador dijera: instituyo por mis herederos de la finca B á Pedro y á Juan. Se dice que el llamamiento en conjunción verbal ha de estar hecho sin designación de partes, porque, según hemos visto anteriormente, tal circunstancia es requisito esencial para que el derecho de acrecer pueda tener lugar; y como la generalidad de los términos con que se significa esta condición pudiera muy bien dar lugar á dudas y torcidas interpretaciones, los autores del nuevo Código, con prudencia que les hace honor, han explicado la manera de entender los términos *sin designación de partes*, y á este efecto han consignado en el artículo 983, que «se entenderá hecha la designación por partes solo en el caso de que el testador haya determinado expresamente una cuota para cada heredero..... La frase *por mitad ó por partes iguales* ú otras que, aunque designen parte alícuota no fijen esta numéricamente ó por señales que hagan á cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado, no excluyen el derecho de acrecer».

En el caso de conjunción verbal que venimos estudiando, cada heredero conjunto tiene derecho para acrecer la porción que vacante dejó el otro, por haber muerto antes que el testador, ó por no poder ó no querer aceptarla, pues se presume que la voluntad del testador era que llegara á ser su heredero en la parte designada aquél que le sobreviviera, ó caso de sobrevivir todos, aquél que pudo y quiso aceptar.

Por último, se dice que existe conjunción *mixta*, cuando el llamamiento de herederos que el testador hace á favor de dos ó más personas, está consignado en la misma cláusula y es hecho para los mismos bienes sin designación de partes de ninguna especie. Se llama mixta esta conjunción porque el llamamiento de los herederos presenta á éstos unidos por el lugar ó forma del mismo, y por la cosa á cuyo disfrute son llamados, por cuya razón participa, en verdad, de la naturaleza de las otras dos clases de conjunciones que dejamos explicadas; esto es, de la conjunción real y de la verbal.

Requisitos necesarios para que el derecho de acrecer tenga lugar en las sucesiones legítimas.—Es principio general que el derecho de acrecer puede tener lugar lo mismo en las sucesiones testamentarias que en las legítimas, como asimismo entre los legatarios y usufructuarios en los casos y condiciones explicadas en su correspondiente lugar; pero nada dice la ley expresamente de los requisitos precisos para que tal derecho tenga efecto en las sucesiones abintestato, como hace y consignado dejamos, al hablar de este particular en las herencias por testamento, pues se limita á afirmar en el art. 981, que «en las sucesiones legítimas la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre á los coherederos».

De los términos en que el texto legal está redactado, y de las enseñanzas fundadas en los principios generales sobre el modo de suceder en las herencias abintestato, pueden deducirse las conclusiones siguientes: 1ª Que para que el derecho de acrecer tenga lugar en las herencias legítimas basta que haya *porción vacante* por repudiación de aquél á quien correspondiera el derecho de heredar una parte de los bienes hereditarios. 2ª Que dicha porción no resulte vacante por haber muerto el heredero antes que el testador ó por ser indigno para suceder.

Se dice que ha de haber *porción vacante*, porque esta circunstancia es en todo caso un supuesto necesario para que el derecho de acrecer pueda tener lugar, por cuya razón es condición precisa lo mismo en las herencias legítimas ó abintestato que en las testamentarias. La diferencia entre una y otra especie de sucesión en el punto que ahora consideramos, está en las causas porque tal *vacante* haya de tener lugar, pues mientras que en la sucesión testamentaria puede tener efecto porque el heredero conjunto haya muerto antes que el testador, ó no quiera ó no pueda aceptar su parte de herencia, en la legítima ó abintestato solo puede ser motivada aquella vacante por la circunstancia de no haber querido aceptar la parte de herencia uno de los herederos. Y esto es así y no puede ser de otro modo, dada la forma y condiciones en que la legalidad vigente hace los llamamientos á la sucesión legítima ó abintestato, porque en esta clase de su-

cesión no se estima como vacante la parte de herencia que al heredero que muere antes que el testador le hubiera podido corresponder, en cuanto que, ó pasa á sus sucesores por derecho de representación, ó la adquieren sus coherederos por derecho propio, si es que el derecho de representación no cabe; y resulta, que siempre el que reemplaza al coheredero premuerto percibe la parte de éste directamente.

Para comprender bien esto no hay más que fijarse un poco y recordar el orden de llamamientos á las herencias legítimas y la forma en que los parientes de cada una de las líneas entran á heredar.

Supongamos que se trata de la línea recta descendente, y tendremos: que la parte que hubiera correspondido al hijo que muere antes que el padre no la perciben los demás hijos de éste si aquél dejó descendientes, sino que corresponde á éstos por derecho de representación, en cuya virtud heredan al abuelo: si los llamados á heredar son todos descendientes del que causa la herencia, en igual grado, y antes de *nacer* tal derecho hereditario murió otro descendiente de igual grado que ellos, no puede decirse que la parte de herencia que perciben más de la que hubieran percibido si aquél no hubiera muerto les corresponde por derecho de acrecer, sino que la reciben por derecho propio, pues á ellos les correspondía en tal forma la herencia, por ser los que en el momento de causarse este derecho se encontraban en las condiciones determinadas por la ley.

Tratándose de la línea recta ascendente, tampoco el fallecimiento de uno de los que hubieran sido herederos, caso de haber sobrevivido al testador, determina derecho de acrecer á favor de aquél á quien la herencia va á parar, sean de igual grado, sean de grado diferente: si lo primero, porque al morir el que hubiera sido heredero nada tenía adquirido y por tanto nada podía transmitir, y el otro pariente que queda hereda por su propio derecho la herencia toda, pues que, como es sabido, le corresponde este derecho por la proximidad de grado, excluyendo á todos los demás: así, por ejemplo, si el derecho de heredar concedido en primer lugar entre los ascendientes á los padres, es reconocido por

la ley á favor del marido y la mujer por iguales partes, también es verdad que existe la declaración legal de que, existiendo uno solo de ellos, éste sucede al hijo en toda la herencia: y siendo los grados diferentes (1), no puede afirmarse tampoco que el que recibe la herencia, porque murió aquél á quien en primer lugar le hubiera correspondido, le corresponde por derecho de acrecer, sino que le es debida por propio derecho, por carecer el difunto de otro pariente más próximo.

Si se trata de la línea colateral, tampoco puede dar lugar al derecho de acrecer el fallecimiento del que *hubiera sido heredero*, ocurrido antes que el del que causa la herencia, ora el fallecido tenga descendientes con derecho á representarle (2), ora sea de grado posterior al en que la representación se concede en la línea colateral: si lo primero, porque el derecho del que le representa hace que no exista porción vacante, y el coheredero solo percibe la parte que le hubiera correspondido, aun no habiendo premuerto el otro que con él habría heredado, caso de vivir; y si lo segundo, porque la mayor porción que el coheredero sobreviviente recibe le es siempre debida por ministerio de la ley, en cuanto esta tiene declarado que fuera del grado á que se concede la representación en la línea colateral, el pariente más próximo excluye al más remoto.

No admite la ley el caso de no *poder* heredar como causa que dé lugar al derecho de acrecer en las herencias abintestato, porque si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo ó descendiente y á su vez tiene descendencia, esta adquirirá los derechos del incapaz; y si no tiene descendencia los demás coherederos percibirán por derecho propio la parte del incapaz: si

(1) Adviértase que nos referimos al parentesco entre aquél que recibe la herencia y aquél á quien hubiera correspondido caso de vivir, y no á ascendientes vivos al morir el causante de la herencia, porque el caso no puede darse no habiendo representación en la línea recta ascendente.

(2) Recuérdese que la representación tiene lugar en la línea colateral en favor de los hijos de hermanos, bien sean de doble vínculo, bien de un solo lado.

no es heredero forzoso son de aplicar las reglas generales de los abintestatos.

El requisito ó condición de la *conjuntividad* también debe existir en las herencias intestadas para que el derecho de acrecer tenga efecto; pero hay que advertir que esta concurrencia que la conjuntividad supone no resulta del llamamiento del que causa la herencia, pues es supuesto que queda excluido por el mismo significado que tienen los términos *sucesión abintestato*, sino que tal concurrencia existe por hallarse dos ó más personas en las mismas condiciones que la ley tiene establecidas para conferir las herencias á falta de testamento (1). Por esta razón, en el caso que ahora estudiamos no puede decirse que haya más clase de conjunción que la *real*, en el sentido de aparecer unidos los herederos por la cosa objeto de la herencia, en cuanto que á los parientes de igual grado que son llamados por la ley á heredar les corresponde una porción, igual á cada uno, en los bienes hereditarios.

Casos en que no tiene lugar el derecho de acrecer, cualquiera que sea la clase de sucesión de que se trate.—Si hemos afirmado antes que para que el derecho de acrecer pueda tener lugar es necesario que existan los requisitos ó condiciones de conjuntividad en el llamamiento y porción vacante de la herencia, dedúcese de ello que en el caso de que tales circunstancias no existan no habrá lugar á aquel derecho. Y se entiende que la conjunción no existe, cuando el testador, si de la sucesión testamentaria se trata, determinó expresamente una cuota para cada heredero; y si se trata de la sucesión abintestato, aunque la conjunción existe siempre que hay más de un heredero, no es suficiente para

(1) Que pueden hallarse dos ó más personas en las mismas condiciones, esto es, en el mismo grado, es cosa sabida, pues no excluye esta posibilidad en la sucesión abintestato el hecho de que el pariente más próximo excluya al más remoto en la línea recta ascendente y en la colateral pasado el tercer grado, porque los de igual grado siempre concurren, y puede haberlos en la línea descendente (los hijos), en la ascendente (los padres y en su defecto los abuelos) y en la colateral (los hermanos ó los sobrinos).

que el derecho de acrecer tenga efecto, pues que siempre el que es llamado por la ley para heredar, percibe su porción de herencia por derecho propio ó por representación, pero nunca por derecho de acrecer, pues que en realidad no existe porción vacante, sin cuyo especial requisito no puede tener lugar aquel derecho. Por esta misma razón de ser necesaria una porción vacante no tiene lugar el derecho de acrecer cuando todos los nombrados herederos aceptan la herencia, porque como el derecho hereditario se consolidó, por así decirlo, transmiten lo heredado á los que sean sus herederos y nunca á los que con él heredaron.

Por otra parte, la repudiación que en la herencia testada es estimada en general como causa ó circunstancia que produce vacante, hay que advertir que no dá lugar al derecho de acrecer si la parte repudiada fuere la legítima, porque entonces los coherederos suceden en ella por su propio derecho y no por derecho de acrecer; consecuencia necesaria de la declaración legal que establece que entre los herederos forzosos el derecho de acrecer solo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje á dos ó más de ellos, ó á alguno de ellos y á un extraño (1). Esto equivale á decir, que la porción legitimaria que la ley señala en cada caso no puede ser objeto del derecho de acrecer, porque para tal supuesto los coherederos gozan de perfecto derecho á heredar la porción de bienes que forma la legítima, pues que les corresponde por propio derecho como tales herederos forzosos y en ningún caso por derecho de acrecer. Así, por ejemplo, si se trata de tres hijos á quienes el padre deja en herencia solo la parte de bienes que constituyen la legítima (dos terceras partes de los bienes hereditarios) por haber dispuesto á favor de extraños de la otra tercera parte, sucederá: que si uno de dichos tres hijos repudia la parte que en la herencia le correspondía, esa parte repudiada no la perciben los otros dos hermanos por derecho de acrecer, sino por derecho propio, pues el caso es el mismo que si no hubiera habido más herederos forzosos que ellos dos, en cuyo supuesto les hubiera correspondido igualmente los dichos dos

(1) Art. 985 del Código Civil.

tercios de la misma. Es decir, que lo que hace ese heredero forzoso que repudia su parte de herencia es evitar que se disminuya la correspondiente á los dos que aceptan, como seguramente se disminuiría caso de aceptar, porque entonces habría que repartir entre tres lo que por la repudiación solo se distribuye entre dos.

Preséntase por algunos tratadistas la cuestión de si habrá ó no lugar al derecho de acrecer cuando la parte repudiada por el heredero forzoso es la que recibió por mejora; cuestión que sin vacilación de ningún género resolvemos nosotros en sentido negativo, por creer que en el caso propuesto los otros coherederos reciben aquella parte vacante por propio derecho y no por derecho de acrecer.

Para formular así nuestro juicio, nos fundamos en que si bien en el caso de que el ascendiente mejore á un descendiente en un tercio de la herencia la legítima de los demás descendientes la forma un solo tercio del haber hereditario, cuando no mejora, aquella legítima asciende á los dos tercios; y como el hecho de no aceptar el mejorado equivale al de no existir mejora, creemos que el caso debe resolverse como si se tratara de una verdadera repudiación de la parte legitimaria.

¿Quién percibe la porción vacante en las sucesiones testamentarias cuando no tenga lugar el derecho de acrecer?—Por modo expreso dice la Ley positiva (1), que «en la sucesión testamentaria, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituido, á quien no se hubiese designado sustituto, pasará á los herederos legítimos del testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones». Esto, dicho por la ley después de dejar consignado que la repudiación de la parte de legítima no dá lugar al derecho de acrecer, sino que suceden en ella los coherederos por derecho propio, viene á significar que se refiere á los casos en que el derecho de acrecer no tenga lugar, ni los coherederos hereden la parte no aceptada por derecho propio; y en todo caso, la transcrita disposición legal debe ser con-

(1) Art. 986 del Código Civil.

siderada como una consecuencia y á la vez confirmación de la posible concurrencia entre nosotros de la sucesión legítima con la testamentaria, pues que la declaración legal á que nos venimos refiriendo no hubiera podido dictarse si á la sazón hubiera estado vigente el principio romano que prohibía morir parte testado é intestado en parte, comprendido en aquella fórmula de *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Y decimos que es confirmación lo que ahora dice la Ley positiva, de lo que dicho tiene sobre la posibilidad de la existencia simultánea de las dos clases de sucesión hereditaria, porque consignado tiene el texto legal con anterioridad á este lugar, que la sucesión legítima tiene efecto cuando el testador no dispone de todos los bienes que le corresponden; y como nosotros estimamos que en el caso de no aceptación ni proceder el derecho de acrecer, es lo mismo que si no se hubiera dispuesto de esa parte de bienes no aceptada, de aquí que afirmemos que lo que ahora se dice en el artículo 986, no es más que confirmación de lo dicho en el número 2º del 912.

Ahora bien; el hecho de que los herederos legítimos del testador que han de percibir la parte vacante en el caso que venimos considerando, han de cumplir las mismas cargas y obligaciones que aquél heredero testamentario por cuya no aceptación se produce la vacante, nos parece de estricta justicia, porque tales imposiciones al instituido heredero significaban deseo en el testador de que quien tal porción de sus bienes percibiera hubiera de realizar tales cargas; pero este respeto de justicia que la aludida declaración legal nos inspira, no es suficiente á dejar de creer, que si tales cargas ú obligaciones tenían el carácter de personalísimas para el heredero instituido, no habrá de responder de ellas el heredero legítimo que le reemplace, pues es sabido que las condiciones de esta especie no se transmiten, ni obligan, por tanto, á nadie que no sea aquél á quien directa y personalmente se impusieron.

Condición con que acrecen los coherederos voluntarios.—Los herederos á quienes acrezca la herencia sucederán, dice el art. 984 del Código Civil, en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso ó no pudo recibirla.

El más ligero examen de este precepto legal descubre que existe justicia en el fondo del mismo; pero acusa también que el legislador ha padecido una lamentable omisión, referente á la no transmisión de las obligaciones que fueran personalísimas del heredero instituido, pues según dejamos consignado en el párrafo anterior, las obligaciones que tienen dicho carácter no se transmiten. Que el fondo de tal disposición legal es justo, no cabe dudarlo, porque el que recibe un aumento en su fortuna natural es que cumpla las cargas, condiciones ó gravámenes que lleva consigo esa porción que aumenta, pues es racional, y hasta en la conciencia del vulgo está gravado, el principio de que quien recibe los beneficios debe responder de las cargas; ó para valernos del mismo lenguaje usual: el que está á las maduras debe estar á las duras.

Legislación foral sobre el derecho de acrecer

Cataluña.—La legislación catalana no contiene disposición alguna en que directamente se estudie el derecho de acrecer, pero no por esto puede decirse que es desconocida esta institución en Cataluña, pues existe regulada por las disposiciones del Derecho romano, que, como es sabido, constituye la legislación supletoria en aquel territorio; y como su doctrina difiere poco de la explicada en este mismo Capítulo, en cuanto que se requieren iguales requisitos para que el derecho de acrecer pueda tener lugar, y en la conjunción se distinguen las mismas tres clases de que dejamos hecho mérito, creemos innecesario detenernos á hacer su examen, limitándonos á consignar, como especialidad más saliente del derecho catalán en este punto, que si para acrecer es necesario haber aceptado la parte correspondiente al coheredero que acrece, tratándose del derecho de acrecer que los legatarios de un usufructo tienen, puede tener lugar el acrecimiento aunque los otros colegatarios no hayan aceptado su parte.

Aragón.—En Aragón solo tiene efecto el derecho de acrecer en el caso de haber lugar al llamado consorcio foral, y la causa

productora del derecho de acrecer en tal supuesto, no es otra que el fallecimiento de uno de los consortes, siempre que tenga lugar después de constituido el consorcio y antes de proceder á la división de los bienes sobre que se forma, no transfiriéndose por ello las deudas y obligaciones del difunto, á no ser que lo hubieran sido por causa y en provecho del consorcio, procedieran de la alimentación del causante de la herencia, el sucesor se hubiera obligado formalmente á satisfacerlas ó fueran procedentes de los gastos de funeral y entierro, si en este último caso no hubiera más bienes que los consorciales.

El derecho de acrecer en los bienes del consorcio foral se extingue por el fallecimiento abintestato del consorte, teniendo sucesión legítima, ó cuando á aquél le designó sustituto el causante común.

Navarra y Vizcaya.—Rígense estos territorios, en lo que al derecho de acrecer respecta, por los principios del llamado Derecho común ó de Castilla.

DOCTRINA LEGAL

Art. 981 En las sucesiones legítimas la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre á los coherederos.

Art. 982 Para que en la sucesión testamentaria tenga lugar el derecho de acrecer, se requiere:

1º Que dos ó más sean llamados á una misma herencia, ó á una misma porción de ella, sin especial designación de partes.

2º Que uno de los llamados muera antes que el testador, ó que renuncie la herencia, ó sea incapaz de recibirla.

Art. 983 Se entenderá hecha la designación por partes solo en el caso de que el testador haya determinado expresamente una cuota para cada heredero.

La frase «por mitad ó por partes iguales» ú otras que, aunque designen parte alicuota, no fijan esta numéricamente ó por señales que hagan á cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado, no excluyen el derecho de acrecer.

Art. 984 Los herederos á quienes acrezca la herencia sucederán en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso ó no pudo recibirla.

Art. 985 Entre los herederos forzosos el derecho de acrecer solo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje á dos ó más de ellos, ó á alguno de ellos y á un extraño,

Si la parte repudiada fuere la legitima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer.

Art. 986 En la sucesión testamentaria, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituido, á quien no se hubiese designado sustituto, pasará á los herederos legitimos del testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones.

Art. 987 El derecho de acrecer tendrá también lugar entre los legatarios y los usufructuarios en los términos establecidos para los herederos,



CAPITULO XXXII

De la colación de bienes en las sucesiones hereditarias



L nuevo Código Civil dedica el último Capítulo del libro III al estudio de la colación y partición, con lo cual termina el examen de la materia toda que dice relación á las sucesiones hereditarias. Nosotros seguimos el mismo orden que el legislador en esta última parte de nuestro libro, si bien con la accidental diferencia de no comprender en un solo Capítulo la doctrina de la colación de bienes y partición de la herencia: consideramos que la colación es un precedente necesario para la posterior distribución del haber hereditario, porque lo primero es saber qué es lo que ha de distribuirse, y en tal supuesto hemos creído conveniente estudiar primero en lugar aparte lo referente á la llamada colación de bienes, cuyo asunto forma la materia propia de este Capítulo, reservando para el siguiente las cuestiones relacionadas con la partición ó división del haber hereditario, con lo cual daremos por terminado nuestro trabajo.

Concepto de la colación en las sucesiones hereditarias.—Dice un tratadista (1) que la colación es la agregación que los hijos y

(1) Sr. López R. Gómez.

descendientes legítimos del finado hacen al caudal hereditario del padre ó de la madre, de los bienes que éstos les dieron en vida, para que, imputándoseles en parte de pago de su haber y revocándose estas donaciones en cuanto sean inoficiosas, reciban todos su legítima por partes iguales.

Este mismo concepto, con ligeras variantes, dá el Sr. Falcón de la colación, pues dice que es: «la agregación que hacen al cuerpo de la herencia los hijos y descendientes del finado, de los bienes que en vida recibieron del mismo, para el efecto de liquidar el haber que respectivamente corresponda á cada uno, ya por razón de legítima, ya por razón de mejora, ya por uno y otro concepto».

Ambas definiciones nos parecen incompletas, por limitar demasiado la esfera de acción á que, por decirlo así, se extiende la obligación de colacionar; y para convencerse de ello vamos, antes de hacer ninguna otra consideración, á exponer lo que la Ley positiva dá á entender que es la colación, pues que si en realidad no es un acabado concepto científico lo que el legislador dice de esta institución, es, sí, lo suficiente para formarse acabada idea de lo que la colación de bienes significa, como operación ó formalidad previa á la distribución del haber hereditario.

El art. 1,035 del Código Civil dice: «El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, á una sucesión, deberá traer á la masa hereditaria los bienes ó valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación ú otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición.»

De la simple lectura del transcripto precepto legal se deduce, que no es la colación de bienes lo que los dos escritores anteriormente citados dicen; porque desde el momento en que la ley habla en términos generales de herederos forzosos, no hay por qué limitar en el concepto que de la colación se dé la obligación de colacionar á los hijos y descendientes, ya sean legítimos, como el primero de los citados autores dice, ya sean de cualquiera clase, como dá á entender el Sr. Falcón desde el instante en que no cita especie. Además, que tampoco se halla im-

puesta por ley la obligación de colacionar solo para liquidar lo que á cada heredero corresponda por su legítima ó mejora, ó por ambas cosas á la vez, como significa el Sr. Falcón, sino que el fin del legislador al imponer esta obligación legal es más general, como á continuación veremos.

Para nosotros la colación es: *la obligación de todo heredero forzoso que con otros de igual clase concurre á una herencia, de hacer figurar en el acervo común de esta cuantos bienes ó valores hubiese recibido de su causante en vida, por cualquier título lucrativo, para verificar las cuentas de partición.*

Este concepto que de la colación damos, se funda, como puede observarse, en lo que acerca de esta institución consigna la misma Ley positiva, y creemos que tiene sobre las anteriores, la ventaja de comprender con más exactitud los casos todos en que la obligación de colacionar puede darse, y el fin con que en cada caso se prescribe por el legislador. Además, que al decir que es obligación de *hacer figurar* en el acervo común los bienes en vida del causante de la herencia recibidos, significamos bien claramente que para colacionar no es necesario *traer materialmente* al fondo común de la herencia lo recibido con anterioridad al momento de causarse, sino que basta con hacerlo figurar en el acervo común hereditario.

Origen y desenvolvimiento histórico de la obligación de colacionar.—La colación de bienes, como obligación de previo ó coetáneo cumplimiento con la operación de distribuir la herencia, es institución de antiquísimo origen, pues fué conocida ya en el Derecho romano, si bien con un concepto diferente del que después, y aun hoy, se le ha concedido; todo ello procedente del muy distinto modo de concebir la forma y el modo de suceder que las relaciones familiares crean, pues según fuera la situación que en el seno de la familia conservaba el heredero, así era distinta su consideración en cuanto á la obligación de traer ó no al acervo común lo que en vida del causante de la herencia hubiera recibido. La obligación de colacionar fué introducida en Roma por los Pretores al disponer que los emancipados que quisieran aprovecharse de la *bonorum posesio*, trajesen á la herencia ó

acervo común los bienes que de su causante hubiesen recibido, aunque los estuvieran poseyendo como propios.

El Fuero Juzgo, en la Ley III del tít. 5º del lib. IV, trata de la colación de bienes, comenzando por prohibir que los padres, por codicia, reclamaran á sus hijos los bienes y alhajas que les hubiesen dado con motivo de su casamiento; pero los hijos debían colacionar los bienes recibidos por causa de casamiento después de la muerte del padre, declarando que los demás hijos habían de percibir de la herencia una parte igual á aquellas donaciones, dividiendo el resto entre todos.

Los llamados Fueros Municipales también estudiaron la institución de la colación en la herencia de los descendientes, cuyo objeto no era otro que conseguir la posible igualdad entre los hermanos que heredaban al padre; y procedieron con tanto rigor en este punto, que aun los bienes que los padres podían dar á sus hijos al tiempo de su casamiento, debían computarse en parte de su legítima en el momento de hacer la partición. Así decía el fuero de Cuenca: «Cuando los padres et las madres casaren fijos ó fijas, todo aquello que les dieren, firme lo hayan si los otros hermanos pudiesen ser entregados de tanto como ellos tomen, que cuando á partición vinieren, todos deben ser egualados en aquellas cosas que fueren de su padre et de su madre, que son ya muertos. Si en el día de la particion los otros hermanos que non tomaron nada, non ovieren onde puedan se entregar, tornenlo á particion quanto ovieren demás tomado que los otros hermanos de aquello que su padre et su madre dieron en casamiento, por amor que todos sean eguales.»

La generalidad de los Fueros, cuando no todos, prohibían que los hijos y nietos pudieran vender los bienes adquiridos por donación del padre ó abuelo, porque se consideraban como porción del caudal partible entre todos.

También el llamado Fuero Viejo de Castilla estudió la institución de la colación, estableciendo que si el padre ó la madre diera á alguno de sus hijos ó hijas en casamiento ó sin él alguna heredad, ropa ó vaso de plata, teniendo otros hermanos que no lo otorguen, y muriese, deben traerlo á partición entre todos, si

lo pidieren. Si fuere dado oro ó algún dinero en casamiento por razón de cantar misa, no se traiga á partición, y lo haga aquél á quien se dió. Lo dicho debía entenderse cuando el padre ó la madre hicieran la donación estando en salud, porque si era hecha por causa de enfermedad ó á la hora de la muerte, no podían dar á un hijo más que al otro, fuera de la parte de que libremente podía disponer (un quinto de la herencia) por su alma ó á favor de extraños.

El Fuero Real estudió de igual modo la colación de bienes, ordenando que los hijos é hijas estaban obligados á colacionar lo que hubieren recibido de sus padres por razón de casamiento, y estableciendo en la Ley XIV, tít. 6º, lib. III, la regla según la cual las donaciones habían de colacionarse por razón de la procedencia de los bienes, pues si ambos padres hubieren hecho conjuntamente la donación, y los dos hubiesen muerto, el hijo tenía que colacionarlo todo; y si solo uno de ellos hubiere fallecido, la obligación de colacionar no excedería de la mitad de los bienes recibidos.

El Código de las Partidas tampoco relegó al olvido la institución de la colación, que nacida en las leyes de Roma, vino salvando los tiempos hasta la época en que D. Alfonso X el Sabio escribió sus obras legales. Las Leyes III, IV, V y VI del tít. 15 de la Partida VI, se ocuparon de esta materia, recogiendo las doctrinas del Derecho romano y de los Códigos patrios que precedieron al de D. Alfonso. En dichas leyes se establecieron reglas completas para señalar cuándo procedía y cuándo no la colación de bienes, personas obligadas á colacionar y modo de realizar la operación; pero no obstante la prolijidad de sus disposiciones ocurrieron no pocas dudas en su aplicación, y con el fin de aclararlas se dictó la Ley XXIX de Toro, en la que se dijo que los bienes colacionables eran los dotales, las donaciones *propter nuptias* y las *inter vivos* que el padre ó la madre, ó ambos á la vez, hubiesen hecho al hijo ó hija que hubiere de heredarles con otros descendientes. Ésta Ley de referencia fué incluida en la Novísima Recopilación, formando por ello el precedente legal más inmediato á lo hoy dispuesto por el Código Civil, pues que

aquel era el derecho vigente en la materia cuando este se publicó.

Fundamento racional de la obligación de colacionar.—El fundamento de la obligación de colacionar no es otro que la exigencia del derecho de todos y cada uno de los partícipes en la herencia, según el cual es necesario reconstituir todo el caudal hereditario que entre los herederos ha de distribuirse, para que cada uno de éstos perciba el tanto que en la herencia deba corresponderle por voluntad del testador ó disposición de la ley. Sin la obligación de colacionar podría hacerse en muchos casos ilusorio hasta el mismo derecho de legítima, pues que si el padre hubiera dispuesto en vida de más parte de su fortuna de la que en realidad podía disponer libremente, y quien hubiera sido objeto de esta extremada liberalidad no tuviera que colacionar, resultaría que de ese modo quedaba burlada la prescripción legal que sanciona el derecho de legítima, la que fija la cuantía de esta en cada caso, y la que afirma que la legítima se debe sin gravamen ni condición de ninguna especie. Así, pues, la institución de la colación de bienes se funda en principios de verdadera justicia y equidad, en cuanto que trata de evitar la injusticia que resultaría de que el hijo que en vida de su padre recibió cuantiosas donaciones, percibiera igual porción que los demás hermanos en aquella parte de bienes quedados al fallecimiento de ese mismo padre: los hijos que nada recibieron en vida resultarían muy perjudicados, muy desigualados con aquél hermano que fué el que se benefició con las liberalidades ó prodigalidades del padre, y para evitar estas irritantes desigualdades, es precisamente para lo que la nueva Ley civil positiva, de acuerdo con los precedentes de nuestro Derecho civil, ha establecido la obligación de colacionar.

Personas obligadas á colacionar.—A partir de lo que dice el artículo 1,035 ya citado, podemos afirmar que tienen obligación de colacionar todos los herederos forzosos que concurran á una sucesión con otros que también lo sean, y por consiguiente, si se trata de la herencia motivada por muerte del padre ó madre, estarán obligados á colacionar los hijos y descendientes legítimos, los legitimados por cualquiera de los medios que el Derecho vigente admite para tal efecto, los putativos y los naturales reco-

nocidos. Pero como en las herencias por línea recta descendente está admitido el derecho de representación sin limitación alguna, hállanse igualmente obligados á colacionar todos los que por derecho de representación concurren á heredar, sea cualquiera el grado ó relación de parentesco en que se hallen con aquél cuya muerte motiva la herencia. Y es de advertir que cuando los nietos suceden al abuelo en representación del padre ó madre, concurriendo con sus tios ó primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviera, aunque no lo hayan heredado; como asimismo colacionarán todo lo que directamente hubieran ellos recibido del causante de la herencia, á menos que éste hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad, si no perjudicare á la legítima de los coherederos (1).

En segundo lugar, y por la misma razón de ser herederos forzosos, están obligados á colacionar los ascendientes, en la sucesión de sus descendientes; obligación que alcanza lo mismo á los legítimos que á los naturales, puesto que, como es sabido, los de ambas clases son considerados como herederos forzosos de sus respectivos descendientes.

Esta afirmación de que también los ascendientes están obligados á colacionar en la sucesión de sus descendientes, es una lógica deducción de la redacción que se ha dado al artículo 1,035, pues al comenzar diciendo *todo heredero forzoso que concorra, con otros que también lo sean...*, hay que entender que no excluye de tal obligación á los ascendientes cuando heredan á los descendientes, porque en este caso también se dá en tales herederos la condición ó circunstancia de tener el carácter de heredero forzoso, y puede suceder que concurren con otros herederos que sean también forzosos, como sucede siempre que el causante de la herencia es casado y tiene algún hijo natural, y cuando en vez de ser los padres los que le heredan son los abuelos, por faltar aquellos, y los tiene por la línea paterna y materna. Hay que reconocer, sí, que no fué este el criterio en que se

(1) Art. 1,038 del Código Civil.

había venido inspirando el Derecho civil histórico y el vigente hasta la publicación del Código, como igualmente que al desenvolver este la materia de la colación habla solo de hijos y descendientes sin que nada expresamente indique de los ascendientes; pero á pesar de todo ello sucede que, dados los términos absolutos y no menos terminantes que comprensivos que el legislador emplea, puede sostenerse que los ascendientes están también obligados á colacionar en la herencia de sus descendientes, en la misma forma y condiciones que éstos tienen dicha obligación cuando de la herencia de sus ascendientes se trata. La afirmativa y la negativa son muy discutibles en esta cuestión, por lo cual no presumimos haber acertado con la verdadera solución del problema, sobre cuyo punto hay que esperar el fallo de los Tribunales, cuando la práctica los llame á la aplicación de una ley cuya obscuridad es fuerza reconocer.

Quiénes no tienen obligación de colacionar.—Si la precisa condición para que la obligación de colacionar se presente como exigible, es la de que el heredero tenga el carácter de *forzoso*, y además concorra con otros que también lo sean, según expresamente manifiesta el art. 1,035 del Código Civil, síguese de aquí que no habrá lugar á que colacione aquél que no sea heredero forzoso, ó que, siéndolo, sea él solo el llamado al disfrute de la herencia. Pero además, la legalidad vigente hace especial mención de algunas personas que aun hallándose dentro de las circunstancias que determina el antes citado art. 1,035, están sin embargo exentas de la obligación de colacionar: tal sucede á los herederos forzosos en el caso en que el donante les hubiera dispensado expresamente de aquella obligación, ó si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa (1).

La explicación de por qué no está obligado á colacionar el heredero forzoso en el caso que ahora estudiamos, es bien sencilla: porque si como es sabido y repetidas veces hemos dicho, lo primero á que hay que atender en las sucesiones hereditarias

(1) Art. 1,036 del Código Civil.

es la voluntad del testador, lógico es admitir que la obligación de colacionar cesará cuando éste así lo disponga. Mas como el respeto á la voluntad del testador no debe llevarse más allá de ciertos límites, marcados por el respeto que á su vez se debe á otros derechos legitimarios, resulta que es de todo punto justa y equitativa la excepción que al final del referido art. 1,036 se señala, del caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa, pues si otra cosa se admitiera podría resultar que por un mal entendido respeto á la voluntad del que testa salieran perjudicados aquellos otros derechos que el testador debe respetar y la ley amparar siempre.

Pero adviértase, que el artículo cuyo examen venimos haciendo, comprende en realidad dos casos en que los herederos forzosos no están obligados á colacionar: el uno es el que dejamos estudiado, y el otro se refiere á cuando el donatario (el heredero) repudia la herencia. En este caso la ley le dispensa de la obligación de colacionar, porque en el mero hecho de renunciar ya no es heredero concurrente, y falta, por consiguiente, una de las condiciones, quizá la más necesaria, á que alude el ya repetido artículo 1,035, para que la obligación de colacionar pueda tener efecto: la de que el heredero forzoso que haya recibido donación del causante de la herencia en vida de éste *concurra* con otros que también lo sean. Mas como también en este caso pudieran resultar perjudicados los derechos legitimarios de los demás herederos, si el renunciante hubiera recibido en vida del causante de la herencia bienes en mayor cantidad de la que libremente podía disponer, hácese igualmente extensiva á él la excepción de *salvo que la donación deba reducirse por inoficiosa*.

Además de los casos estudiados existen otros en que explícitamente se releva á determinadas personas de la obligación de colacionar: así dice el art. 1,039 del mismo Código Civil, que «los padres no estarán obligados á colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado por éstos á sus hijos.»

Este precepto de la ley está inspirado en el principio de que solo debe colacionar aquél que habiendo recibido algo por título lucrativo del causante de la herencia, se presenta después

á reclamar parte de esta con el carácter de heredero forzoso; y como si bien el padre del donatario, hijo del causante de la herencia, concurre á heredar á éste como tal heredero forzoso, no fué el que recibió la donación, claro está que falta una de las condiciones necesarias para que la colación haya de tener efecto: el heredero no colaciona, porque no fué el donatario, y á éste tampoco alcanza aquella obligación, porque no *concorre* á la herencia, ni es heredero, puesto que á quien corresponde la herencia es al padre. En este supuesto, el hijo, nieto del que causa la herencia, será considerado como otro donatario cualquiera, y su donación quedará subsistente si no es inoficiosa; esto es, si no perjudica el derecho de legítima, debiendo reducirse en el caso contrario.

Por último, está también relevado de la obligación de colacionar el hijo casado, respecto á aquellos bienes donados por su padre á su consorte, pero si tales donaciones hubieran sido hechas por el padre conjuntamente á los dos, el hijo estará obligado á colacionar la mitad de la cosa donada (1).

Este caso de excepción de la obligación de colacionar, se funda en la misma razón que el anterior; esto es, en que tampoco la esposa del hijo es considerada como heredera forzosa de su suegro, faltando por ello el primero y más principal requisito para que la obligación de colacionar pueda tener lugar. Pero creemos también, como en el caso anterior, que si las donaciones que la nuera hubiera recibido fueran inoficiosas, se reducirán en cuanto al exceso, y en tal supuesto se llevará al acervo común todo aquello en que resultaren excesivas.

Bienes colacionables.—Es principio general, consignado en el artículo 1,035 del Código Civil, que habrán de colacionarse todos los bienes ó valores que el heredero forzoso hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación ú otro título lucrativo. Pero esto, que en general preceptúa la Ley positiva en el artículo citado, halla su cumplida explicación en otros artículos posteriores, los cuales á su vez marcan las excep-

(1) Art. 1,040 del Código Civil.

ciones que más adelante haremos notar, en cuanto á los bienes que no tienen la consideración de colacionables.

Taxativamente marca la ley (1) que son colacionables las cantidades satisfechas por el padre para redimir á sus hijos de la suerte de soldado, pagar sus deudas, conseguirles un título de honor y otros gastos análogos.

La inteligencia de esta declaración legal no presentaría duda alguna, porque no puede haberla cuando el legislador señala concretamente los casos comprendidos en una regla ó en sus excepciones, si no fuera por las palabras empleadas al final del precepto de la ley, pues al decir *.....y otros gastos análogos*, lo primero que ocurre es preguntar: ¿y qué otros gastos son los que mantienen analogía con los indicados?

La contestación á esta pregunta no se presenta tan sencilla como algunos quieren suponer: el alcance que puede darse á los términos con que el precepto legal termina, será de muy distinto modo explicado según los casos; y creemos que caso de suscitarse contienda sobre su inteligencia, los Jueces y Tribunales tienen ancho campo para usar de su prudente arbitrio, pues que ni siquiera pueden utilizar como criterio de interpretación las declaraciones que sobre el particular hiciera el Derecho histórico, porque la disposición legal á que nos venimos refiriendo carece de precedentes en los Códigos y leyes anteriores.

Son también colacionables los regalos de boda consistentes en joyas, vestidos y equipos, en lo que excedan del décimo de la parte de libre disposición (2). La colación en este caso ha de tener efecto, porque es declarada como inoficiosa la donación de aquellos objetos cuando exceden de la cuota indicada.

Deben colacionarse de igual modo á la muerte de cada uno de los padres, la mitad de la dote ó donación que éstos hubieran hecho conjuntamente á sus hijas. La hecha por uno solo se colacionará en su herencia (3).

(1) Art. 1,043 del Código Civil.

(2) Art. 1,044 de id. id.

(3) Art. 1,046 de id. id.

Son asimismo colacionables, en la mitad de su valor, las donaciones hechas por el padre al hijo y su consorte; y decimos que solo en la mitad de su valor, porque la otra mitad de tales donaciones, correspondiente al consorte del hijo, no son colacionables, según consignado tiene el art. 1,040 del Código Civil.

Cuando el padre lo disponga expresamente, ó cuando perjudiquen á la legítima de los demás hijos ó descendientes, serán también colacionables los gastos que aquél hubiere hecho para dar á sus hijos una carrera profesional ó artística; pero cuando proceda colacionarlos, se rebajará de ellos lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres (1).

La razón de por qué estos gastos indicados no son colacionables cuando el padre no lo ordena expresamente, no es otra que la de estimarse como cargas ordinarias que tienden á cumplir el deber que siquiera por ley moral tienen los padres de educar é instruir bien á sus hijos. Pero la misma razón de equidad (2) que aconseja que los referidos gastos se colacionen cuando los padres así lo dispongan ó perjudiquen á la legítima, existe para deducir de tales gastos lo que el hijo hubiese gastado habiendo estado en la casa y compañía de los padres, debiendo colacionar solo la diferencia.

Indicación de los bienes no sujetos á colación.—Así como el artículo 1,035 del Código Civil formula un principio general referente á los bienes sujetos á colación, el 1,037 establece otro principio, general también, por lo que dice relación á los bienes no colacionables, y en tal sentido dice, que no se entiende sujeto á colación lo dejado en testamento, si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso á salvo las legítimas. Es decir, que para que sea colacionable lo dejado en testamento es necesario que el testador así lo haga constar expresamente, ó que la cuantía de lo que por testamento dispone perjudique á las legítimas.

(1) Art. 1,042 del Código Civil.

(2) Decimos que hay equidad en la declaración del padre, porque resarce los perjuicios que los otros hijos pueden haber sufrido.

Por otra parte, cuando el causante de la herencia lo hubiese dispuesto expresamente, ó el donatario la repudiare, y este acto y aquella disposición no perjudican los derechos legitimarios, no son colacionables los bienes ó valores que los herederos forzosos hubieren recibido del causante de la herencia, en vida de éste; por dote, donación ú otro título lucrativo (1); porque en este caso se supone que lo que quiso el testador fué realizar un acto de liberalidad que deberá imputarse en la parte de libre disposición ó estimarse como mejora.

Tampoco están sujetas á colación las donaciones que el abuelo hace al nieto, cuando éste no concurre á la herencia de aquél, por existir su padre, que es el verdadero heredero (2); y no son colacionables tales donaciones, porque, como dicho tenemos, falta la condición de reunirse en un solo individuo el doble carácter de heredero y donatario, circunstancia precisa para que la colación pueda tener efecto, según queda explicado.

Están de igual modo exentos de colación los gastos ocasionados con motivo de la alimentación y educación de los hijos; así como también lo gastado en la curación de enfermedades, aunque sean extraordinarios, aprendizaje, equipo ordinario y regalos de costumbre (3). Todo lo gastado en las atenciones indicadas no está sujeto á colación, porque se conceptúan como gastos ocasionados por atenciones ordinarias á que los padres deben recurrir.

Son también bienes no colacionables los que el padre haya gastado en la educación científica ó artística del hijo, á no ser que el padre hubiera dispuesto expresamente lo contrario, pues en este supuesto se conceptúan como colacionables, si bien deduciendo lo que el hijo hubiera gastado caso de haber estado en la casa de los padres (4). Pero los gastos ocasionados en una carrera científica ó artística no son colacionables por el hijo cuando el padre recibió de un extraño los fondos necesarios para tal

(1) Art. 1,036 del Código Civil.

(2) Art. 1,039 de id. id.

(3) Art. 1,041 de id. id.

(4) Art. 1,042 de id. id.

efecto, pues se estima que en este caso hay una verdadera donación ó legado hecho por ese extraño al hijo, y como el padre no pone nada de lo suyo, ningún perjuicio pueden sufrir los demás herederos forzosos, faltando por ello el objeto propio de la obligación de colacionar. Esto mismo sucede cuando el padre recibe de un tercero cierta cantidad para dotar á su hija.

No son colacionables tampoco las donaciones remuneratorias que los padres hacen á los hijos, porque no pueden estimarse como actos de pura liberalidad, condición en todo caso precisa para que la obligación de colacionar pueda tener efecto.

Las donaciones hechas al consorte del hijo tampoco son colacionables: y lo mismo sucede con los regalos de boda consistentes en joyas y equipos, á no ser que excedan de un décimo ó más de la cantidad disponible por testamento (1).

Por último, tampoco son colacionables los frutos é intereses de los bienes sujetos á colación, producidos antes de abrirse la sucesión (2).

Momento en que nace la obligación de colacionar y forma en que ha de cumplirse.—Si la obligación de colacionar es efecto de concurrir un heredero forzoso á una herencia con otros que también lo son, como indica el art. 1,035 del Código Civil, es evidente que tal obligación ha de nacer en el momento mismo en que nace el derecho sucesorio; esto es, al ocurrir el fallecimiento de aquella persona que causa la herencia: por eso no son colacionables, como antes hemos visto, los frutos y rentas de los bienes sujetos á colación, sino desde el día en que la sucesión se abre.

La forma en que ha de cumplirse la obligación de colacionar es la preceptuada en el párrafo primero del art. 1,045 del Código Civil, en el cual se dice: «No han de traerse á colación y partición las mismas cosas donadas ó dadas en dote, sino el valor que tenían al tiempo de la donación ó dote aunque no se hubiese hecho entonces su justiprecio.»

(1) Art. 1,040 del Código Civil.

(2) Art. 1,049 de id. id.

Esta declaración legal significa una reforma de trascendencia en lo que preceptuado tenía el Derecho civil histórico, según el cual, en opinión de casi todos los comentaristas, había de atenderse al valor que los bienes colacionables tuvieran en el momento de verificarse la colación; reforma que merece nuestro asentimiento, porque la donación quedó perfecta y produjo sus efectos legales desde que fué hecha y aceptada: se hizo por el valor que entonces tenía la cosa donada, y la propiedad de esta se transfirió desde luego al donatario, á cuyo cargo corrió el aumento ó deterioro posterior, y aun su pérdida total, casual ó culpable, como expresamente hace constar el párrafo 2º del artículo 1,045, antes mencionado, conforme con el principio jurídico que enseña que las cosas mejoran y perecen para su dueño.

La dificultad que puede presentarse es la determinación del valor de lo donado ó dado en dote, cuando al tiempo de donar ó dotar no se hubiese hecho el justiprecio de la cosa donada ó dada en dote; dificultad que, á juicio nuestro, no es insuperable, desde el momento en que es fácil la indagación del valor de la cosa objeto de donación ó dote, por el que en aquella fecha tuvieran las de igual especie y calidad.

Efectos legales de la obligación de colacionar.—El principal efecto que la obligación de colacionar produce es el de aumentar el patrimonio actual del causante de la herencia en aquel valor ó suma de valores que representen las cosas ó bienes que á colación han de traerse; aumento que ha de tenerse en cuenta para regular la cuota legitimaria de los herederos forzosos, y también aquella de que libremente pudo disponer el testador.

Ahora bien; el heredero donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad (1).

Esta declaración legal responde al objeto propio que con la obligación de colacionar se persigue, que no es otro que el muy equitativo de buscar la posible igualdad entre los herederos for-

(1) Art. 1,047 del Código Civil,

zosos; deseo que es llevado por los modernos legisladores al extremo de que cada heredero perciba, no solo igual cantidad en la herencia, sino también cosas de la misma especie y calidad, considerando que solo así puede resultar la verdadera igualdad. Pero como esto no será posible en muchos casos, ordena la Ley positiva que cuando no pueda cumplirse con aquella prescripción, los coherederos tendrán derecho á ser igualados en metálico ó valores mobiliarios al tipo de cotización, si los bienes donados fueren inmuebles; y no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria. Cuando los bienes donados fueren muebles, los coherederos solo tendrán derecho á ser igualados en otros muebles de la herencia por su justo precio, á su libre elección (1).

Como se ve, los legisladores del nuevo Código han procurado que resulte, en cuanto posible sea, igualdad en la consideración de cuantos concurren á la herencia con el mismo carácter de herederos forzosos; y si en la práctica no dan resultados los principios al efecto formulados, culpa será de los inconvenientes con que necesariamente ha de tropezar en la realidad de la vida la aplicación de las fórmulas apriorísticas que las leyes encierran.

Legislación foral sobre colación de bienes

De los territorios regidos por leyes especiales, puede decirse que el de Navarra es el único que presenta alguna particularidad en lo referente á la colación de bienes.

Tienen obligación de colacionar en Navarra los hijos que quieran tomar parte en la herencia de sus padres, y son bienes colacionables todos aquellos que el hijo hubiere recibido de sus padres, en vida de éstos, á no ser que los mismos padres los hubieran exceptuado de tal obligación, en uso de la omnímoda libertad de que gozan para disponer de sus bienes por actos de última voluntad.

(1) Art. 1,048 del Código Civil.

Lo antes dicho se refiere á los hijos del primer matrimonio, pues los de segundas ó ulteriores nupcias, cuando son instituidos juntamente con aquellos, deben colacionar cuanto hubiesen recibido, aunque el padre los releve de esta obligación, para de este modo evitar que un hijo de matrimonio posterior saque mayor porción que el menos favorecido del primero.

La renuncia de la herencia es circunstancia que, lo mismo que en Castilla, releva de la obligación de colacionar, conservando el hijo los bienes que anteriormente hubiera recibido en donación con motivo de su matrimonio, pues tales donaciones son estimadas como onerosas. Pero si se trata de donaciones á título lucrativo, dudan los autores acerca de si serán ó no colacionables; si bien la opinión más seguida es, la de que, atendida la legislación de Navarra, si el padre ó madre no expresaren su voluntad de que el hijo hubiese de colacionar, ó las donaciones son de la clase de irrevocables, la renuncia de la legítima que no es forzosa en Navarra, libra á los hijos de la obligación de colacionar, quedándose con los bienes donados; conclusión que se funda en la libertad de que el padre goza para disponer de sus bienes, y en que los hijos instituidos suceden como un extraño.

DOCTRINA LEGAL

Art. 1035 El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, á una sucesión, deberá traer á la masa hereditaria los bienes ó valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación ú otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición.

Art. 1036 La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente ó si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa.

Art. 1037 No se entiende sujeto á colación lo dejado en testamento si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso á salvo las legítimas.

Art. 1038 Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos ó primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviera, aunque no lo hayan heredado.

También colacionarán lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste, á menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad si no perjudicare á la legítima de los coherederos.

Art. 1039 Los padres no estarán obligados á colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado por éstos á sus hijos.

Art. 1040 Tampoco se traerán á colación las donaciones hechas al consorte del hijo; pero, si hubieren sido hechas por el padre conjuntamente á los dos, el hijo estará obligado á colacionar la mitad de la cosa donada.

Art. 1041 No estarán sujetos á colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre.

Art. 1042 No se traerán á colación, sino cuando el padre lo disponga ó perjudiquen á la legitima, los gastos que éste hubiere hecho para dar á sus hijos una carrera profesional ó artística; pero, cuando proceda colacionarlos, se rebajará de ellos lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres.

Art. 1043 Serán colacionables las cantidades satisfechas por el padre para redimir á sus hijos de la suerte de soldado, pagar sus deudas, conseguirles un título de honor y otros gastos análogos.

Art. 1044 Los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos sino en la parte que excedan en un décimo ó más de la cantidad disponible por testamento.

Art. 1045 No han de traerse á colación y partición las mismas cosas donadas ó dadas en dote, sino el valor que tenían al tiempo de la donación ó dote, aunque no se hubiese hecho entonces su justiprecio.

El aumento ó deterioro posterior, y aun su pérdida total, casual ó culpable, será á cargo y riesgo ó beneficio del donatario.

Art. 1046 La dote ó donación hecha por ambos cónyuges se colacionará por mitad en la herencia de cada uno de ellos. La hecha por uno solo se colacionará en su herencia.

Art. 1047 El donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad.

Art. 1048 No pudiendo verificarse lo prescrito en el artículo anterior, si los bienes donados fueren inmuebles, los coherederos tendrán derecho á ser igualados en metálico ó valores mobiliarios al tipo de cotización; y, no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria.

Cuando los bienes donados fueren muebles, los coherederos solo tendrán derecho á ser igualados en otros muebles de la herencia por el justo precio, á su libre elección.

Art. 1049 Los frutos é intereses de los bienes sujetos á colación no se deben á la masa hereditaria sino desde el día en que se abra la sucesión.

Para regularlos, se atenderá á las rentas é intereses de los bienes hereditarios de la misma especie que los colacionados.

Art. 1050 Si entre los coherederos surgiere contienda sobre la obligación de colacionar ó sobre los objetos que han de traerse á colación, no por eso dejará de proseguirse la partición, prestando la correspondiente fianza.

CAPITULO XXXIII

De la partición de la herencia

Neste Capítulo, último de nuestro libro, hacemos el estudio de la partición ó división del haber hereditario, tanto en las sucesiones testamentarias como en las legítimas; materia de capitalísima importancia, desde el momento en que tal operación equivale á llevar á cumplido efecto aquello que el mismo causante de la herencia dispone, por lo que á sus bienes de fortuna afecta, ó lo que en su defecto tiene prevenido la misma Ley positiva.

Concepto de la partición ó división de la herencia.— Como su mismo nombre indica, no es la partición de la herencia otra cosa que la distribución en partes de cuanto forma el caudal relicto de aquella persona á quien por testamento ó abintestato se sucede en sus bienes de fortuna. Y también puede decirse que la partición de la herencia es, la determinación de la parte correspondiente á cada uno de los que, ora por título universal (herederos), ora por título singular ó particular (legatarios), y ya por voluntad de testador ó por ministerio de la ley, concurren al disfrute de los bie-

nés que formaban el patrimonio del difunto, deducidas sus obligaciones (1).

Este concepto general que de la partición ó división de la herencia damos, indica por modo bien claro cuál es el objeto propio de esta operación, que no es ni puede ser otro que predicar del sujeto heredero la condición de verdadero dueño de aquella parte que en la herencia le corresponde, concretando el punto á que se extiende su carácter de continuador de aquél que causa la herencia, por lo que respecta á los bienes ó intereses que de él recibe el que es llamado su heredero ó legatario: y también indicamos con ello al mismo tiempo, que es una operación común á las herencias por testamento y sin él, como igualmente que la operación versa solo sobre lo que constituye la diferencia entre el *activo* y el *pasivo* de aquél á quien se hereda, que es lo único que en realidad forma la materia ó fondo partible.

Carácter que en la actualidad presenta la partición de la herencia.

—Los legisladores del Código Civil, influidos por las doctrinas corrientes, poco favorables á la comunidad é indivisibilidad de los bienes, han dado cabida en la nueva Ley civil al principio proclamado por la generalidad de los Códigos modernos, de que ningún coheredero podrá ser obligado á permanecer en la indivisión de la herencia, á menos que el testador prohíba expresamente la división (2). Es decir, que la nueva Ley positiva dá el carácter de hecho necesario á la división de la herencia, pues que ordena que esta operación se verifique siempre que lo pida un coheredero; y si bien es cierto que dice que no se llevará á efecto cuando el testador prohíba expresamente la división, tampoco debe olvidarse que en el número 2º del citado art. 1,051, añade el legislador: «Pero aun cuando la prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad».

(1) Las Leyes de Partida llamaban partición al *departimiento que hacen los omes entre si, de las cosas que han comunalmente por herencia ó por otra razon.*

(2) Párrafo 1º del art. 1,051 del Código Civil.

Ahora bien; si los coherederos pactaran la proindivisión, creemos que este pacto tendría validez y obligaría á permanecer en la proindivisión el tiempo pactado, á menos que antes de su cumplimiento sobreviniera alguna de las causas por las cuales se extingue el contrato de sociedad civil, y que no son otras que las siguientes: 1.^a Cuando espira el término porque fué constituida. 2.^a Cuando se pierde la cosa ó se termina el negocio que le sirve de objeto. 3.^a Por la muerte natural, interdicción civil ó insolvencia de cualquiera de los socios, y en el caso previsto en el artículo 1,699 (1). 4.^a Por la voluntad de cualquiera de los socios con sujeción á lo dispuesto en los artículos 1,705 y 1,707 (2).

Personas capaces para pedir la división de la herencia —Un principio general establece la Ley positiva para determinar la capacidad requerida al efecto de poder pedir la división de la herencia, pues no otra cosa hace el art. 1,052, cuando dice: «Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos».

Después de haber establecido el legislador el principio de que ningún coheredero puede ser obligado á permanecer en la proindivisión de la herencia, que tanto vale como reconocer acción para pedir la división á todos los coherederos, hacíase preciso que determinara qué personas tienen capacidad para el ejercicio de aquella acción, pues que, como es sabido, una cosa es la acción para reclamar un derecho ó hacerlo efectivo, y otra, muy distinta, la capacidad requerida para *ejercitar* aquella acción ó medio de hacer valer un derecho. A esto es á lo que responde el preinserto art. 1,052, de cuyo contenido se deduce, que todo mayor de edad que no esté incurso en cualquiera de las causas que

(1) Refiérese al caso en que los acreedores particulares de un socio pidan el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social.

(2) Los mencionados artículos expresan, que para que la sociedad se disuelva por voluntad de cualquiera de los socios es necesario que no se haya marcado tiempo de duración, ni pueda deducirse de la naturaleza del negocio y que la renuncia se haga de buena fé.

á más de la menor edad dan lugar á la tutela, tiene capacidad legal para reclamar lo que en una herencia cualquiera pueda corresponderle.

Pero no solo concede la ley la facultad de poder pedir la partición de la herencia á todo el que es coheredero, en el momento de nacer el derecho hereditario, ó sea, cuando fallece el sujeto á quien se hereda, y siempre que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, sino que tiene también declarado (1) que si antes de hacerse la partición muere uno de los coherederos, dejando dos ó más herederos, bastará que uno de éstos la pida; pero todos los que intervengan en este último concepto deberán comparecer bajo una sola representación.

Sencilla por todo extremo es la razón que explica el por qué de la disposición legal que queda referida. Si al coheredero que muere antes que la partición de la herencia se verifique le suceden sus herederos voluntarios ó legítimos en todos sus derechos y acciones, según es condición de toda sucesión hereditaria, es evidente que le sucederán también en los derechos que á la herencia anterior tenía aquél á quien heredan, como asimismo en las acciones que contra la misma pudiera ejercitar; y como una de estas acciones era la correspondiente á la partición de los bienes hereditarios, de aquí que no pueda negarse esta acción á sus herederos. Por lo que respecta á que en tal supuesto todos los nuevos coherederos comparecerán bajo una sola representación, creemos que no podía decir otra cosa el legislador, reconociendo que los nuevos herederos, concurren por derecho de representación y heredan por estirpes.

Casos de incapacidad para pedir la división de la herencia.— Si es principio general que no pueden pedir la división de la herencia los que no tienen la libre administración y disposición de sus bienes, síguese de aquí que son varias las personas que carecen de capacidad para tal efecto; casos de incapacidad que el Código Civil estudia en su art. 1,053 y siguientes, después de haber dicho en el párrafo 2º del 1,052, que «por los incapacitados y

(1) Art. 1,055 del Código Civil.

por los ausentes deberán pedirla (se refiere á la partición de la herencia) sus representantes legítimos». Procede, pues, que hagamos el examen de los varios casos de incapacidad para pedir la división de la herencia que la Ley positiva estudia.

En primer término estudia la ley (1) la incapacidad de la mujer casada, quien no podrá pedir la partición de bienes sin la autorización de su marido, ó, en su caso, del Juez; pero si es el marido el que pide la partición á nombre de su mujer, lo hará con consentimiento de ésta. Es decir, que cuando se trata de pedir herencias correspondientes á la mujer, puede decirse que lo mismo ésta que el marido son incapaces para instar por sí la partición del haber hereditario, toda vez que la mujer no podría pedirla sin autorización de su marido, ni éste hacerlo sin consentimiento de aquella; capacidad que en tal caso se completa con la prestación del mútuo consentimiento. Pero la autorización que la mujer necesita para pedir la división de la herencia, puede ser concedida, ya por el mismo marido, ó, en su caso, por el Juez; con lo cual creemos que ha querido significar el legislador, que cuando el marido se la negare sin justa causa ó los cónyuges estuviesen separados por sentencia firme de divorcio, podrá ser autorizada judicialmente la mujer al efecto de pedir la partición de la herencia.

La declaración legal de que la mujer no podrá pedir la partición de bienes sin la autorización de su marido, es consecuencia de aquella otra (2) que al hablar de los derechos y obligaciones entre marido y mujer, dice: «Tampoco puede la mujer, sin licencia ó poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo.....»; y el marido no puede pedir á nombre de su mujer la partición de bienes sin el consentimiento de ésta, porque es en realidad la persona que figura como adquirente de dichos bienes hereditarios, y nada más natural que la operación de dividirlos se pida con su consentimiento, y porque si el marido no es en este caso más que el representante legal de la mujer, nada más ra-

(1) Art. 1,053 del Código Civil.

(2) Art. 61 de id. id.

cional y lógico que haya de proceder con consentimiento de ésta; esto es, de conformidad con la voluntad de la persona á que representa.

Cuando la mujer casada coheredera haya de ser obligada á la partición de la herencia, los coherederos no podrán pedir la división sino dirigiéndose juntamente contra aquella y su marido: contra la mujer, porque es la heredera, y contra el marido por ser á quien corresponde la representación de aquella en juicio y fuera de él.

Si se trata de una institución condicional para alguno ó algunos de los coherederos, éstos no podrán pedir la partición hasta que la condición se cumpla. Pero podrán pedirla los otros coherederos, asegurando competentemente el derecho de los primeros para el caso de cumplirse la condición; y hasta saberse que esta ha faltado ó no puede ya verificarse, se entenderá provisional la partición (1).

La razón de que los herederos instituidos bajo condición no puedan pedir la partición de la herencia hasta que la condición se cumpla, no es otra que la de que tales herederos no son más que herederos presuntos: su derecho depende de que la condición se cumpla ó no; y esta eventualidad es precisamente lo que les quita ó niega la facultad que todo otro coheredero tiene para pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Mas como los derechos de los demás coherederos instituidos con los condicionales no deben quedar como en suspenso por la condición de aquellos, el legislador les ha concedido que puedan pedir la partición de la herencia, si bien esta división tendrá sólo el carácter de *provisional*, hasta saberse que la condición ha faltado ó no puede ya cumplirse, y siempre asegurando el derecho de los coherederos condicionales.

Por más que la Ley positiva no dice de qué clase ha de ser la condición para que el heredero instituido condicionalmente no pueda pedir la herencia hasta que aquella se cumpla, entendemos que no puede referirse á otras que á las suspensivas, por ser

(1) Art. 1,054 del Código Civil.

las que producen el efecto de *aplazar* el ejercicio de los derechos hereditarios, dando lugar á que la herencia se ponga en administración hasta que la condición se realice ó haya certeza de que no podrá cumplirse.

No puede referirse á las condiciones resolutorias, porque sabido es, que el efecto de estas no es dejar en suspenso los derechos hereditarios hasta que se realicen ó no, sino precisamente todo lo contrario; es decir, que el derecho hereditario en la institución de heredero bajo condición resolutoria, nace con la muerte del que causa la herencia y desde entonces se adquieren las facultades que el heredero instituido sin condición tiene, si bien con la diferencia de que en aquél tales derechos *cesan, se resuelven*, cuando la condición se cumple: y si el derecho hereditario y las facultades para su ejercicio nacen en la institución bajo condición resolutoria cuando el causante de la herencia fallece, es claro que el instituido heredero en esta forma tiene derecho á pedir la partición de la herencia, cuya división ó partición surtirá para él todos los efectos que para los instituidos en forma pura, siquiera tengan que cesar tan luego como la condición se cumpla.

Clases de partición ó división de herencia.—La partición de una herencia puede hacerse judicial ó extrajudicialmente (1). La primera tiene lugar en los juicios de testamentaría, ya sean *voluntarios ó necesarios* en los abintestatos (2) y cuando procede la adjudicación de bienes á que están llamadas varias personas, sin designación de nombre. Fuera de estos casos la división ó parti-

(1) Hay quien cree que puede distinguirse otra tercera especie de partición llamada mixta, y que tiene lugar en todos aquellos casos en que hecha extrajudicialmente la partición, necesita de la aprobación judicial; pero nosotros creemos que no puede admitirse esta tercera especie, porque la partición se hace judicial ó extrajudicialmente, sin que estemos posible un término medio.

(2) Adviértase que nos referimos no á todos los abintestatos, porque no en todos se practica judicialmente la partición de la herencia, sino al caso de no existir parientes dentro del cuarto grado, ó cuando existiendo tales parientes, se reclame la intervención de los Tribunales.

ción que de la herencia se hace, recibe el nombre de extrajudicial; tal sucede cuando el mismo testador practica la división de su haber ó caudal hereditario entre los que por su propia voluntad ó por ministerio de la ley han de ser sus herederos, y cuando esa misma división ó partición es llevada á cabo por un comisario ó contador-partidor nombrado por el mismo testador, ó por los mismos herederos.

Explicación de los casos en que tiene lugar la partición extrajudicial.—Que el testador puede hacer por sí la partición de los bienes que en herencia deja á sus sucesores, cosa es que por modo bien expreso se hace constar en el art. 1,056 del nuevo Código Civil; y no solo es una verdad legal que la Ley positiva reconoce al testador facultad para hacer por acto entre vivos ó por última voluntad la partición de sus bienes, sino que obliga á los herederos á pasar por la división que el testador haya hecho, siempre que no perjudique á la legítima de aquellos, si son herederos forzosos: no necesitando la partición así hecha la aprobación judicial. Y nada más racional y lógico que así sea, porque la voluntad del testador, ley á que en primer término debe atenderse cuando con ella no se lesionan derechos legitimarios, debe ser igualmente respetada y ejecutoria cuando decide sobre las cosas que á cada uno de los herederos debe corresponder en la herencia, que cuando dispone del tanto que cada heredero ha de percibir sobre los bienes y derechos cuya propiedad les deja para después de su muerte. ¿Qué puede temerse del ejercicio de esta facultad que la ley concede al testador? Que haga una división desproporcional? Pues eso no sería otra cosa que el ejercicio del derecho que la ley le concede, hoy más amplio que en los pasados tiempos, para mejorar á uno ó más de los herederos, aunque éstos tengan la condición de forzosos: y desde el momento en que la facultad de referencia no pude llevarla hasta el extremo de perjudicar en su legítima á los herederos forzosos, no hay motivo para comentar desfavorablemente una disposición legal que no es otra cosa que confirmación de aquella otra que faculta al testador para disponer libremente de gran parte de sus bienes, y otra no escasa porción de los mismos en favor de alguno ó algunos

de los herederos forzosos, como mejora, cuando éstos son descendientes. De modo, que si el testador, haciendo uso de las atribuciones que la ley le concede, efectúa por sí la partición de su herencia favoreciendo á uno de sus hijos en la tercera parte ó menos de sus bienes, se entenderá que le hace un legado que se deducirá de la parte libre, si aquél no ha declarado *expresamente* que su voluntad es mejorarle; y si dicho legado excediere de la parte libre, se reputará el exceso como mejora.

Otra declaración de gran importancia contiene el art. 1,056 á que nos venimos refiriendo, en su segunda parte. Es esta, la de que «el padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial ó fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima á los demás hijos».

Decimos que es de gran importancia esta declaración legal, porque concede al testador un arma poderosa para evitar que por malas inteligencias entre sus herederos se destruya el valor que supone y las ventajas que reporta una industria ya establecida, pues ese capital dedicado á las explotaciones indicadas quizá fuera improductivo en el caso de dividirse, porque la separación de los elementos combinados para ellas les haría disminuir considerablemente de valor, que es la misma razón tenida en cuenta por el legislador para negar á los copropietarios acción para poder exigir la división de la cosa común, cuando de dividirla resulte inservible para el uso á que se destina.

Hay quien entiende que esta facultad que al padre confiere la ley para hacer que sus herederos no puedan exigir que se divida una explotación agrícola, industrial ó fabril, supone una excepción al principio de que todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes puede pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia; opinión con la cual no estamos conformes, pues confunden lastimosamente el hecho de la partición de la herencia con el de la división de una de tantas cosas ó bienes de que el haber hereditario puede componerse: para nosotros son cosas muy distintas la división de la herencia y la de alguno ó algunos de los bienes que forman esta. Además, que en el

caso que ahora estudiamos no se trata de obligar á los coherederos á permanecer en la proindivisión de la herencia, ni siquiera en una parte de los bienes que la constituyen, sino que de lo que se trata es, sencillamente, de que á uno de los coherederos se le adjudique una cosa determinada y que los demás perciban su legítima en metálico; numerario que se sacará de la misma masa hereditaria, si en ella lo hay, y si no, se formará de la venta de otros bienes de la herencia, si es que los herederos que hayan de recibirlo no se conforman con que se les adjudique otras cosas del caudal relicto en pago de su legítima; pues hay que admitir, lógicamente pensando, que los herederos que tienen derecho á que su legítima se les abone en metálico, lo tienen para aceptar en pago de esta otras cosas de la misma herencia.

Otro caso de partición extrajudicial de la herencia hemos dicho que es, aquel en que el testador encomienda por acto *inter vivos ó mortis causa* la facultad de dividir sus bienes entre los herederos á una tercera persona, que recibe el nombre de comisario ó contador-partidor; pero esta persona, para tal efecto designada, no podrá ser uno de los coherederos (1), sin duda para evitar las funestas consecuencias que el exceso de su codicia podría hacer sentir á los demás.

Pero adviértase que esta facultad que al testador concede la ley, de poder encomendar á un tercero la partición de su caudal relicto, no niega el derecho que tienen los herederos legítimos á promover el juicio voluntario de testamentaría, como tampoco deroga el antiguo principio de que los herederos forzosos deben recibir su legítima libremente, sin ningún agravamiento y sin ninguna condición. Lo que sí declara el Derecho vigente es, que no obsta para que un tercero haga la partición de la herencia por encargo del que la causa, el hecho de que entre los coherederos haya algún menor de edad ó sujeto á tutela; si bien en este caso tiene el comisario el especial deber de inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios. La imposición de este deber legal al comisario es medida de pre-

(1) Art. 1,057 del Código Civil.

caución tomada por el legislador en beneficio de las personas indicadas; por lo cual, si ellas afirman que el inventario se ha practicado en forma, otorgando á su dicho entera fé, hay que estimar cumplida la disposición de la ley: tal sucede cuando los interesados en la herencia han aprobado las operaciones testamentarias realizadas por el comisario, en las cuales se afirma, entre otros supuestos, que el inventario y avalúo se practicó con la intervención de aquellos.

El último caso de partición extrajudicial que citábamos, es aquel en que tal operación es llevada á cabo por los mismos herederos; atribución que expresamente les confiere la Ley positiva (1), en la cual se dispone, que «cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado á otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente». Es decir, que en los casos en que no ha lugar á la partición extrajudicial de la herencia por el mismo que la causa ó por persona á quien expresamente le hubiera encomendado aquél tal misión, corresponde verificarla á los mismos interesados por ser facultad que en tal supuesto les compete por propio ministerio de la ley; y es racional que así se admita, porque si los herederos son mayores de edad, y tienen la libre administración de sus bienes, nada más natural y lógico que se les faculte para que se distribuyan la herencia en la forma que tengan por conveniente: no puede temerse lesión contra ninguno de ellos, porque siendo todos mayores sabrán defender sus intereses, y solo cuando no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará á salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento civil (2).

Formalidades que hay que cumplir para llevar á cabo la partición de la herencia.—El hecho de la partición de la herencia supone la práctica de formalidades ó ritualidades que son el precedente necesario para llegar al cumplimiento del fin que con la

(1) Art. 1,058 del Código Civil.

(2) Art. 1,059 de id. id.

partición ó división de los bienes hereditarios se persigue, que no es otro que adjudicar á cada uno de los herederos la parte que en aquella le corresponda para poder predicar de él la condición de verdadero propietario. Estas formalidades pueden reducirse á las siguientes: inventario, tasación ó avalúo, liquidación y adjudicación de los bienes hereditarios (1).

Señalamos como primera operación que hay que efectuar en la partición la formación de inventario, porque como el buen sentido aconseja y la lógica enseña, lo primero que hay que conocer es aquello que va á ser objeto de la partición; esto es, la determinación de los bienes que entre los herederos han de ser distribuidos, y esto no puede conseguirse sino mediante una relación detallada y exacta de los mismos, que no otra cosa es, en realidad, el inventario, en el que también han de hacerse constar las cargas ú obligaciones de la herencia.

El inventario puede ser, según en otro lugar dijimos, privado ó solemne, y judicial ó extrajudicial, cuyos términos explicamos en lugar anterior, así como también la forma en que ha de hacerse, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento civil.

Mas como el solo hecho de conocer con toda exactitud el *activo* y *pasivo* de la herencia, no es suficiente para poder verificar la partición de esta con todo el respeto que se debe á los distintos derechos que á los herederos pueden corresponder en ella, hácese preciso conocer también el valor representado por ese *activo* y ese *pasivo*, y de aquí la necesidad de practicar el avalúo ó tasación de los bienes hereditarios; operación de todo punto precisa para conocer la materia *partible*, que no es otra, en todo caso, que la diferencia demás que resulte entre el *haber* y el *debe* de aquél que causa la herencia. Pero como esta valoración es requerida no solo para conocer dicha diferencia, sino también para poder dar á cada partícipe ó heredero la parte que le

(1) Adviértase que no comprendemos entre estas operaciones la *colación*, porque no siempre ha lugar á colacionar y porque su estudio lo dejamos hecho en el Capítulo anterior.

Corresponda, sin lesión en relación con los demás, es siempre conveniente, y en muchos casos preciso, que la tasación se haga por personas peritas; esto es, por quienes tengan conocimiento propio para poder fijar con la exactitud posible el valor de todos y cada uno de los bienes que forman el caudal hereditario (1).

Después de conocer cuáles son los bienes que forman el caudal relicto y cuál es su valor, procede hacer la liquidación de aquel; operación que es quizá la más importante de cuantas hay que practicar en la división de toda herencia, porque es la que con toda claridad ha de determinar la materia líquida que de la masa hereditaria queda para distribuir entre todos los copartícipes en ella, ya sean herederos ó legatarios, esto es, herederos á título universal ó á título singular. Por eso se dice que la liquidación de la herencia es *la cuenta general formada para deducir del caudal inventariado todas las deudas y cargas que contra él existan y fijar el derecho correspondiente á cada uno de los interesados como partícipes en la herencia, cualquiera que sea su título.*

Es evidente, que así entendida la operación de liquidación de la herencia, habrá que considerar cuáles son en primer término las bajas ó deducciones que han de hacerse del caudal here-

(1) Nada dice el Código Civil respecto á la forma en que ha de verificarse la tasación de los bienes hereditarios, ni de las personas que han de llevarla á cabo; pero creemos que este silencio debe suplirse con las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil, y en tal supuesto hay que admitir, que cuando se sigue juicio de testamentaria, sea voluntario ó necesario, y cuando en la herencia tiene interés un incapaz ó un menor que no esté representado por el padre, habrán de hacer la tasación de los bienes hereditarios personas peritas y prácticas, que podrán ser nombradas, de común acuerdo, por los interesados. Pero cuando la partición se hace extrajudicialmente y los herederos sean todos mayores de edad, pueden ellos mismos practicar la tasación de los bienes hereditarios sin necesidad de que intervengan personas peritas; porque si lo que se trata de evitar es el perjuicio que de una tasación mal hecha pudiera resultar, desde el momento que los interesados así lo quieren, no hay razón para privarles de que hagan por sí la tasación de bienes.

ditario, para lo cual habrá que comenzar por liquidar las ganancias alcanzadas durante el matrimonio, si las hay y el muerto deja cónyuge supérstite; liquidación que se hará según las reglas establecidas en las capitulaciones matrimoniales, y en su defecto suponiendo contraído el matrimonio bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales.

Conocido este antecedente, se deducirán del haber propio hereditario del que cause la herencia con su fallecimiento todas las deudas y cargas particulares de aquél, como asimismo todos los gastos de última enfermedad, entierro y funeral, fuera de los casos en que particularmente han de deducirse de la parte de libre disposición.

Pero para conocer cuál es el capital propio hereditario, cuando se trata, por ejemplo, de la herencia de un hombre casado, habrá que comenzar por deducir cuantas aportaciones hubiera hecho la mujer al matrimonio, comprendidas bajo los nombres genéricos de *dotes* y *parafernales*. Sabido lo que por este concepto ha de deducirse, y conocida también cuál es la parte de gananciales correspondiente á la mujer, como igualmente lo que ha de rebajarse por las demás deudas particulares del difunto y gastos de su enfermedad, entierro y funeral, queda determinado con toda precisión cuál es el caudal partible, y no hay más que proceder á su división en la forma por el mismo causante de la herencia prescrita, y en su defecto, según las reglas que la ley establece para los casos de abintestato (1).

Por último, la operación final que se practica en la partición de una herencia es la de adjudicar á cada partícipe en ella la parte que en pago de su haber le corresponde; operación que es quizá la más delicada, porque del buen deseo y acierto de los encargados de efectuarla, depende que los interesados no sufran perjuicio.

(1) Para ver cuándo y cómo los bienes dotales y parafernales han de restituirse, véanse los artículos 1,356 y siguientes del Código Civil, cuyo estudio no hacemos aquí y si dejamos para el tomo siguiente en consideración á ser materia propia del libro IV del Código.

Forma en que debe practicarse la partición de los bienes hereditarios.—Los autores del nuevo Código Civil no echaron en olvido la importancia de esta operación divisoria y dictaron algunas reglas para efectuarla, pero reglas que al fin comprenden solo los casos generales, dejando á la prudencia de los encargados de hacer la partición el que esta resulte más ó menos equitativa en los detalles, y concediendo á los interesados el recurso de poder pedir la rescisión de la partición hecha, en la forma y por las causas que más adelante veremos.

La Ley positiva (1) recomienda que en la partición de la herencia se guarde la posible igualdad, haciendo lotes ó adjudicando á cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie; y que cuando una cosa sea indivisible ó desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse á uno, á calidad de abonar á los otros el exceso en dinero; si bien bastará que uno de los herederos pida en este caso su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga.

Estas declaraciones legales se fundan en que, como dice Chabot, la partición de la herencia no es un negocio de comercio, en cuanto que no hay de parte de los coherederos y comisarios ó partidores trueque ni venta; pues todo el negocio consiste en que se entregue á cada heredero una porción íntegra de la herencia, que equivalga á los derechos comunales que antes tenía sobre la misma. Las prescripciones legales á que nos venimos refiriendo se proponen como único fin el que en la partición de la herencia exista toda la equidad posible, ya que la equidad es el alma de los repartimientos, su elemento esencial, y por eso todas las consecuencias que se saquen de este principio deben llevar el mismo sello de equidad y de rigurosa justicia.

Abono de impensas, rentas y frutos entre los coherederos.—Dice el art. 1,063 del Código Civil, que «los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas

(1) Artículos 1,061 y 1,062 del Código Civil.

útiles y necesarias hechas en los mismos y los daños ocasionados por malicia ó negligencia»; declaración legal que no necesita explicación, toda vez que no es otra cosa que necesaria consecuencia del principio de que las rentas y frutos de los bienes hereditarios corresponden al acervo común de la herencia desde el instante mismo en que el causante de esta fallece, del mismo modo que las impensas útiles y necesarias son á cargo de ella. La forma en que los herederos pueden hacerse estos abonos puede ser distinta, pues que pueden efectuar la operación incluyendo en la partición las cantidades que representen, ó mediante parciales liquidaciones practicadas separadamente y con independencia de la general.

Ahora bien; si se trata de daños y perjuicios ocasionados en la herencia en el tiempo en que se realice la partición, habrá que distinguir la causa á que son debidos para determinar de quién es la responsabilidad, así como también si son ó no debidos á caso fortuito. En este último supuesto los daños y perjuicios causados son de cuenta y riesgo de la herencia, porque sabido es que del caso fortuito nadie responde; pero si son procedentes de una voluntad libre, los coherederos que no hayan intervenido para que se produzcan por culpa, dolo ni negligencia, podrán exigir el correspondiente resarcimiento á aquél que por cualquiera de estas circunstancias haya motivado los daños y perjuicios.

¿Quién debe abonar los gastos ocasionados por la partición de la herencia?—Aplicando el criterio de equidad que los legisladores del nuevo Código Civil han querido que resplandezca en la materia referente á la partición de la herencia, han declarado en el artículo 1,064, que los gastos de partición hechos en interés común de todos los coherederos se deducirán de la herencia, y los hechos en interés particular de uno de ellos serán á cargo del mismo.

La práctica seguida con anterioridad á la publicación del Código, tenía establecido igual principio, supliendo la omisión que en este punto se notaba en el antiguo Derecho civil, el cual no contenía disposición en que expresamente se hablara de la forma que había de emplearse en la deducción y pago de los gastos y

costas originados por la partición, sobre todo, cuando esta se había llevado á efecto extrajudicialmente. La doctrina hoy vigente en esta materia marcha de perfecto acuerdo con lo que el Derecho consuetudinario había establecido, y no merece sino elogios la conducta de los legisladores en este punto, ya que se funda en los principios de la más sana equidad, que enseña que debe responder de los gastos aquél que los ocasiona por su propio y exclusivo provecho, y que cuando en beneficio de todos se hacen, todos deben responder.

Entrega de los títulos de adquisición ó pertenencia á los coherederos.—Acerca de este particular tiene dispuesto el Código Civil (1) que los títulos sean entregados al coheredero adjudicatario de la finca ó fincas á que se refieran; y que cuando el mismo título comprenda varias fincas adjudicadas á diversos coherederos, ó una sola que se haya dividido entre dos ó más, el título quedará en poder del mayor interesado en la finca ó fincas, y se facilitarán á los otros copias fehacientes, á costa del caudal hereditario; pero si el interés fuere igual, el título se entregará al varón, y habiendo más de uno, al de mayor edad. Siendo original, aquél en cuyo favor quede deberá también exhibirlo á los demás interesados cuando lo pidieren.

Las razones que explican el por qué de estas declaraciones legales, son tan claras y sencillas que creemos innecesario detenernos á exponerlas, habiendo de limitarnos á consignar que tales preceptos de ley tienen sus precedentes en las Leyes de Partida y de Enjuiciamiento civil; conformidad habida entre leyes dictadas en tan diversas épocas, precisamente porque el fundamento de sus disposiciones no puede ser más racional, pues el que es dueño de una cosa debe serlo de todo aquello que contribuya á justificar la relación de propiedad que con la misma tiene.

Explicación del caso especial de retracto entre coherederos.—El vigente Código Civil establece en su art. 1,067, que «si alguno de los herederos vendiere á un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos ó cualquiera de los coherede-

(1) Artículos 1,065 y 1,066 del Código Civil.

ros subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifique en término de un mes, á contar desde que esto se les haga saber».

Este derecho que la nueva Ley civil concede á todos y cada uno de los coherederos, no titubeamos en llamarle derecho de retracto, porque no otra cosa es la facultad que la ley concede; retracto equivalente al de comuneros, con el que necesariamente tiene que guardar más relación, toda vez que entre los coherederos existe una verdadera comunidad de bienes hasta tanto que se verifica la partición. Pero adviértase que el derecho de retraer solo se concede á los coparticipes en la herencia cuando la venta del derecho hereditario se verifica antes de la partición y no después de haber tenido esta lugar; porque si la herencia se dividió y adjudicadas fueron á cada coheredero las cosas que en ella le pertenecían, la adquisición por título de herencia se consumó y cada uno de aquellos puede transmitir á un extraño en los términos ordinarios sin que nazcan especiales derechos de los demás coherederos con relación al comprador.

Efectos legales que produce la partición de la herencia.—Dos son los principales efectos legales que la partición de la herencia produce cuando está hecha conforme á derecho: conferir á cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, y obligar recíprocamente á los coherederos á la evicción y saneamiento de dichos bienes. Mediante la partición legalmente hecha, se concreta la condición de propietario que cada uno de los partícipes tiene en la parte de herencia que le corresponde; lo cual no quiere decir que antes de practicar la división no tiene derecho el heredero á disponer de la parte que oportunamente ha de percibir, pues que sin aquella operación puede igualmente disponer de su parte para enajenarla, cederla ó gravarla. Lo que sucede es, que hasta que la partición no está efectuada y aprobada (1) no se sabe lo que concretamente corres-

(1) Téngase en cuenta que la aprobación puede ser judicial ó extrajudicial, según que haya de intervenir en tal acto el Juez que sea competente, como sucede en los casos en que se ha seguido juicio de partición ó intervienen, como herederos, ausentes no representados,

ponde á cada heredero; hasta entonces no queda legalizada, por decirlo así, su condición de adquirente, porque solo entonces y no antes puede formalizarse el título de adquisición mediante la formación de la correspondiente hijuela, que formada con las debidas solemnidades legales, es título suficiente para la inscripción en el Registro de la propiedad de los inmuebles que herede, á partir de cuyo momento serán también inscribibles las posteriores enajenaciones ó gravámenes que sobre dicha clase de bienes constituya, como asimismo se considerarán absolutos ó excluyentes, según quiera llamárseles, los derechos del heredero adjudicatario, si otro no prueba ser el dueño de esos mismos bienes por virtud de un título más eficaz inscripto anteriormente en el Registro.

La obligación recíproca de evicción y saneamiento de los bienes adjudicados es impuesta por el legislador (1) con el loable fin de evitar los perjuicios que sin culpa ó hecho propio pudiera sufrir cualquier heredero al serle adjudicados determinados bienes, cuya propiedad con relación al causante de la herencia es negada ó cuya utilidad es menguada, por razón del especial modo de ser ó estar tales bienes, que en pago de su haber hereditario le fueron adjudicados. Se funda, pues, en razones de saludable equidad, y esta es su mayor justificación.

¿Y hasta dónde alcanza esa obligación recíproca de los coherederos á la evicción? Bien por modo expreso dice el Código Civil en su art. 1,071, que tal obligación es proporcionada á su respectivo haber hereditario; pero si alguno de los herederos resultare insolvente, responderán de su parte los demás coherederos en la misma proporción, deduciéndose la parte correspondiente al que deba ser indemnizado. Los que pagaren por el in-

ó incapacitados, ó menores no representados en la partición por el padre ó, en su caso, por la madre; ó que los interesados, siendo todos mayores de edad y hallándose presentes ó legalmente representados, presten su conformidad á las operaciones mediante las cuales se ha llevado á efecto la partición.

(1) Art. 1,069 del Código Civil.

solvente conservarán su acción contra él para cuando mejore de fortuna.

El ilustrado jurisconsulto Goyena explica con toda claridad esta cuestión mediante el siguiente ejemplo: Muere Antonio habiendo instituido heredero de la mitad de sus bienes á Bernardo, y de la otra mitad á Casimiro, Donato y Eusebio: la herencia importa diez y ocho mil duros: Bernardo habrá nueve: cada uno de los otros habrá tres mil. A Casimiro se le cubrió su haber hereditario de tres mil en una finca de igual valor y salió incierta, con lo que la herencia queda reducida á quince mil duros. Habiendo sido el haber hereditario de Bernardo de nueve mil duros é igual al de los otros tres juntos, contribuirá con treinta mil reales (mitad de los sesenta mil de la incertidumbre) para indemnizar á Casimiro. Donato y Eusebio contribuirán con diez mil reales cada uno, ó sea, la sexta parte de su respectivo haber y Casimiro sufrirá por el suyo la pérdida de diez mil. Pero Donato resulta insolvente en sus diez mil reales; los demás coherederos, Bernardo, Casimiro y Eusebio, responden de la parte de Donato en la misma proporción; es decir, según su respectivo haber hereditario. El de Bernardo es de siete mil quinientos duros, ó el triplo del de cada uno de los otros dos, que es de dos mil quinientos: contribuirá, pues, Bernardo, con seis mil reales y Casimiro y Eusebio con dos mil cada uno, quedando así cubierta la insolvencia de Donato en sus diez mil.

Los motivos de equidad, necesarios siempre para que en la partición de la herencia resulte la posible igualdad tan recomendada en todo caso de división de un haber hereditario, no han sido tenidos en cuenta por los modernos legisladores del Código, al declarar que, «si se adjudicare como cobrable un crédito, los coherederos no responderán de la insolvencia posterior del deudor hereditario, y solo serán responsables de su insolvencia al tiempo de hacerse la partición..... Por los créditos calificados de incobrables no hay responsabilidad; pero si se cobran en todo ó en parte, se distribuirá lo percibido proporcionalmente entre los herederos (1).» Y decimos que no resulta que la equidad haya

(1) Art. 1,072 del Código Civil.

presidido en la declaración legal preinserta, porque no hay motivo racional que explique la diferencia de criterio al establecer el derecho de evicción y saneamiento para los *bienes adjudicados* y negarlo para *los créditos* á favor de la herencia, aun con respecto á aquellos que fueron calificados de cobrables; pues la situación de solvencia ó insolvencia del deudor al tiempo de verificarse la adjudicación del crédito á un heredero, no debe estimarse como fundamento suficiente para conceder ó negar la evicción al heredero adjudicatario.

Creemos más conforme con la equidad y la justicia, que se hubiera distinguido entre créditos vencidos y por vencer en el momento de hacer la adjudicación, y que la falta de cobro en el primer supuesto fuera *por ó sin culpa* ó negligencia del adjudicatario; porque puede muy bien suceder, que siendo el deudor á la herencia solvente en el momento de hacer la adjudicación, se tratara de un crédito no vencido, y á la época del vencimiento hubiera sobrevenido la insolvencia; ó que siendo el crédito vencido y el deudor solvente, no pudiera hacerse efectivo, por cualquier circunstancia no imputable á culpa ó negligencia del heredero adjudicatario. Este sufre en ambos casos un perjuicio, de que por razones de verdadera equidad debieran participar los demás coherederos.

Casos en que no tiene lugar la obligación de evicción y saneamiento entre coherederos.—En términos que no dejan lugar á duda, señala el art. 1,070 del Código Civil los casos en que cesa la obligación recíproca de evicción y saneamiento entre coherederos. Estos casos son: 1º Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, á no ser que aparezca, ó racionalmente se presume, haber querido lo contrario, y salva siempre la legítima. 2º Cuando se hubiese pactado expresamente al hacer la partición. 3º Cuando la evicción proceda de causa posterior á la partición ó fuere ocasionada por culpa del adjudicatario.

El primer caso de excepción marcado en la disposición legal que reproducida dejamos, no significa otra cosa que una nueva confirmación del principio de que á lo primero á que debe atenderse en las sucesiones hereditarias es á la voluntad del tes-

tador, cuando con ella no se lesionan derechos de tercero, ya conste dicha voluntad de una manera expresa en el testamento, ora se deduzca de la interpretación legal y racional de las palabras empleadas por aquél al ordenar su disposición testamentaria. Si los herederos han de pasar por la partición que el testador haga, claro está que no podrá reclamar ninguno de ellos contra los demás para los casos en que de ordinario se dá la evicción; pero como la voluntad del testador no puede perjudicar los derechos legitimarios, los herederos forzosos tendrán acción para hacer uso del derecho de evicción siempre que sea necesario para dejar á salvo su legítima.

Respecto á que la evicción no tiene lugar cuando por pacto expreso se declaró así al hacerse la partición, hallamos muy racional que así se diga, puesto que no supone otra cosa sino la renuncia de un legítimo derecho sin perjuicio para tercero; y sobre todo, por la conformidad que tal declaración legal guarda con aquella otra (1) que dice, que los contratantes podrán aumentar, disminuir ó *suprimir*, la obligación legal que el vendedor tiene de responder de la evicción. Sin embargo, creemos que este caso de excepción no puede tener aplicación cuando entre los herederos hay menores, ó cuando medie mala fé por parte de alguno de ellos.

Por último, si la evicción procede de causa posterior á la partición, ó es ocasionada por culpa del adjudicatario, es lógico y racional admitir que en tal supuesto no puede ni debe tener lugar la obligación de evicción para los demás coherederos; porque los copartícipes en el haber hereditario solo deben responder recíprocamente del *estado y condición* de los bienes hereditarios hasta el momento en que son adjudicados, y si solo por causa del adjudicatario nace la causa de verse perjudicado, él solo debe sufrir las consecuencias de ese perjuicio voluntario.

De la rescisión de la partición: su concepto y fundamento racional.—Es la rescisión en la partición de la herencia, un recurso legal concedido al heredero que ha sido agraviado en sus derechos

(1) Párrafo 3º del art. 1,475 del Código civil.

sucesorios al hacer las operaciones de división, para que estas se rehagan reparando la lesión sufrida.

La rescisión aquí se funda en la necesidad que hay de que la distribución de la herencia se lleve á cabo por quien corresponda sin lesión ni perjuicio para ninguno de los que como interesados directamente concurren á ella. Ya lo hemos dicho antes: la misma ley, inspirada en sanos principios de equidad, aconseja que en la partición de la herencia se guarde la posible igualdad; y tanto quiere que así se haga, que ordena le sean adjudicadas á cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie; por eso, pues, no es de extrañar que establezca el principio de que las particiones pueden rescindirse, ya que es muy facil que contra todas las prevenciones y recomendaciones legales se produzcan perjuicios para alguno ó algunos de los interesados, ora sin culpa del encargado de practicar la división y solo por impericia propia y también de los encargados de hacer el avalúo ó tasación de los bienes hereditarios, ora por intención dañada de aquél que sin penetrarse bien de su misión quiere favorecer á uno de los coherederos con perjuicio de los demás.

Causas porque puede tener lugar la rescisión de la partición.— La Ley positiva (1) establece el principio general de que las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones, y á continuación añade (2): «Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas».

Evidente es, que para completar el estudio de esta cuestión, hay necesidad de indagar cuáles son esas causas por las cuales tiene lugar la rescisión de las obligaciones, y para ello no hay más que examinar el art. 1,291 del mismo Código Civil, en el cual se lee: «Son rescindibles: 1º Los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización del consejo de familia, siempre que las personas á quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido obje-

(1) Art. 1,073 del Código Civil.

(2) Art. 1,074 de id. id.

to de aquellos. 2º Los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión á que se refiere el número anterior (1). 3º Los celebrados en fraude de acreedores cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les debe. 4º Los contratos que se refieran á cosas litigiosas, cuando hubieren sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes ó de la Autoridad judicial competente. 5º Cualesquiera otros en que especialmente lo determine la ley (2)».

Se ve, pues, que la Ley positiva compara á la partición de la herencia con los contratos, para los efectos de predicar por iguales causas la rescisión en ambos actos jurídicos; con la sola diferencia de admitir que la lesión en más de la cuarta parte es en todo caso causa rescisoria de la partición de una herencia, cuando solo en determinados casos lo es de los contratos; diferencia que algunos explican diciendo: Cierta que siendo las particiones en cierto modo una convención, es natural que se puedan rescindir por las mismas causas que las obligaciones; pero además debe admitirse la lesión en más de la cuarta parte, como causa suficiente á determinar la rescisión de la partición en todo caso, por-

(1) Adviértase que respecto al caso referido en este segundo número, hay la excepción que marca expresamente el art. 1,296 del mismo Código, en el que se dice que la rescisión no tendrá lugar si aquellos contratos se hubieran celebrado con autorización judicial.

(2) Estos casos especiales son los siguientes: 1º Cuando el vendedor de bienes inmuebles los enajenó con expresión de su cabida, á razón de un precio por unidad de medida ó número y luego no resulta tanta como se expresó en el contrato, en cuyo caso, puede el comprador optar entre una rebaja proporcional del precio ó la rescisión del contrato. 2º Cuando el comprador pierde, por efecto de evicción, una parte de la cosa vendida, de tal importancia con relación al todo, que sin dicha parte no la hubiera comprado, en cuyo caso puede exigir la rescisión del contrato. 3º Cuando la finca adquirida estuviere gravada con carga ó servidumbre no aparente, y que de conocerla no la hubiera adquirido el comprador, en cuyo caso podrá éste pedir la rescisión del contrato durante todo el año siguiente al en que se otorgó la escritura, á no ser que prefiera la indemnización correspondiente.

que si hay libertad para vender no la hay para permanecer en la proindivisión. La base de la venta—dicen—es la ventaja que cada uno de los contrayentes busca en ella á expensas del otro; la de la partición es, por el contrario, la igualdad. Así la partición es rescindible por naturaleza, porque deja de ser partición si no es igual, ya que no matemáticamente, por lo menos hasta cierta proporción.

Acción que la Ley positiva concede para pedir la rescisión de la partición y efectos que su ejercicio produce.—Para pedir la rescisión de la partición de la herencia, la Ley positiva concede una acción del mismo nombre, la acción rescisoria, que puede ejercitar todo heredero que hubiese sufrido lesión en más de la cuarta parte de su haber hereditario, ó á cuyo favor existiere algunas de las causas porque antes hemos dicho puede tener lugar la rescisión; y se dá contra todos los demás partícipes en la herencia, como herederos, para que se le repare el daño que le fué causado por la partición que resulta lesiva ó que adolece de vicios que le producen un perjuicio, suficiente á obtener que se rectifiquen las operaciones particionales, bien que quedando á salvo los casos de excepción, en que no ha lugar á la rescisión, que son los que á continuación estudiaremos.

Pero la Ley no admite que en cualquiera tiempo pueda ejercitarse la acción rescisoria para reparar el perjuicio causado en la partición de la herencia, sino que marca un plazo, que es de cuatro años, pasado el cual no se admitirá demanda en que se interese la rescisión de una partición; cuatro años que comenzarán á contarse desde que se hizo la partición. Así lo dice el artículo 1,076 del Código Civil, cuyo texto creemos que debe interpretarse en el sentido de que el plazo comenzará á correr desde que terminadas y aprobadas las operaciones de la partición, es puesto el heredero en posesión de los bienes hereditarios que le fueren adjudicados, porque solo entonces puede el interesado conocer el daño que se le ha producido.

Los efectos que la demanda de rescisión produce, están determinados de un modo expreso en el art. 1,077 del Código Civil, en el cual se dice: «El heredero demandado podrá optar en-

tre indemnizar el daño ó consentir que se proceda á nueva partición. La indemnización puede hacerse en numerario ó en la misma cosa en que resultó el perjuicio. Si se procede á nueva partición, no alcanzará esta á los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo».

Mas si la Ley positiva se presenta clara en cuanto á la determinación de los efectos de la rescisión de la partición de la herencia, los términos en que está redactada dan lugar á opiniones encontradas entre los escritores y comentaristas, sobre si el heredero demandado puede optar por indemnizar el daño ó debe rescindir la partición, una vez terminado el juicio de rescisión por una sentencia firme en que se mande proceder á una nueva partición.

Los que se fijan en la letra de la ley dicen que el derecho de opción que se concede al heredero demandado, entre indemnizar el daño ó consentir que se proceda á nueva partición, puede ejercitarse solo antes de ser declarada judicialmente la rescisión; pues si esta llega á declararse judicialmente por sentencia firme, ya no hay demandado; y porque el derecho concedido al heredero demandado debe considerarse como un beneficio, privilegio ó excepción, que debe interpretarse restrictivamente.

Nosotros creemos que el derecho de opción concedido al heredero demandado lo es para cuando se le demanda ó se le condena á la rescisión, porque esta solución no se opone al espíritu de la ley, sino que es conforme á él, toda vez que el propósito no es otro que obtener la igualdad posible entre todos los coherederos: ¿y qué otro medio más propio que indemnizar al que se crea perjudicado, ora entregándole una cantidad en metálico, ora dándole otra cosa igual á la en que resultó el perjuicio?

Casos en que no procede la rescisión de la partición.—No ha lugar á la rescisión de la partición en los casos siguientes: 1º Cuando la partición fué hecha por el difunto, á no ser que de tal partición resulte perjuicio para los derechos legitimarios de los herederos forzosos, ó que aparezca ó racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador (1). 2º Cuando el heredero que

(1) Art. 1,075 del Código Civil.

se cree perjudicado hubiese enajenado el todo ó parte considerable de los bienes inmuebles que le hubiesen sido adjudicados (1). 3º Cuando el perjuicio sobrevenga de la simple omisión de alguno ó algunos objetos ó valores de la herencia, en cuyo caso solo ha lugar á completar ó adicionar la partición con los objetos ó valores omitidos (2). 4º Cuando la partición fué hecha con preterición de alguno de los herederos forzosos, á no ser que se pruebe que hubo mala fé ó dolo por parte de los otros interesados: el preterido recibirá de los demás interesados la parte que le corresponde (3).

Nuevamente sanciona la Ley positiva el respeto que se debe á la voluntad del testador, cuando declara inrescindible la partición que éste hace, á no ser que *aparesca ó racionalmente se presume* que otra fué su voluntad, y salvo el caso en que con tal partición salgan perjudicados los herederos forzosos en sus derechos legitimarios; excepción que aunque la ley no la hiciera constar habría que suponerla siempre, porque, como repetidas veces hemos dicho, el respeto debido al deseo del testador no puede llevarse hasta el extremo de consentir que otros derechos queden perjudicados con los acuerdos por aquél expresados en su disposición testamentaria. Así, pues, entendemos que la declaración legal á que nos referimos está inspirada en principios justos y equitativos.

El heredero que hubiere enajenado el todo ó parte considerable de los bienes inmuebles que en la partición se le adjudicaron, no tiene derecho á pedir la rescisión de la división, porque desde el momento mismo en que verificó la enajenación parece como que consintió la partición tal cual se hizo; y porque ya no podría llevar á nueva partición los bienes enajenados, toda vez que había perdido la propiedad sobre ellos, adquiriéndola el comprador.

El hecho de haberse omitido alguno ó algunos objetos ó va-

(1) Art. 1,078 del Código Civil.

(2) Art. 1,079 de id. id.

(3) Art. 1,080 de id. id.

lores de la herencia, no produce verdadera lesión á un heredero con relación á los demás, porque el efecto del perjuicio es igual para todos y no habría á quien demandar. El resarcimiento del perjuicio sufrido en este caso, se obtiene adicionando á la partición los objetos ó valores omitidos y distribuyéndolos proporcionalmente entre los herederos todos.

Ultimamente se dice que tampoco dá lugar á la rescisión de la partición la preterición de alguno de los herederos, si la omisión no fué motivada por mala fé ó dolo de los otros interesados; y es bien que así se diga, toda vez que hay medio de abonar su parte al preterido sin rescindir la partición, cual es, el que los demás herederos paguen al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda. La única duda que puede existir en este caso es, sobre la forma en que el pago ha de hacerse; siendo nuestra opinión que el pago deberá efectuarse en bienes de la misma herencia, determinados por convenio voluntario de los mismos interesados, y cuando no se pongan de acuerdo, apreciéndolos por peritos. Si los herederos no tuvieran ya en su poder los bienes hereditarios por haberlos traspasado á un tercero, el pago deberá hacerse en metálico, por el valor que los bienes tenían al ser adjudicados.

Nulidad de la partición hereditaria: qué es y caso en que tiene lugar.—La nulidad de la partición de la herencia es la invalidación de las operaciones particionales, no porque exista una razón justificada de equidad que haga que no deban cumplirse, como sucede en los casos de rescisión, sino porque en su práctica se faltó á alguna de las formalidades ó requisitos esenciales y necesarios para que pudieran producir efectos legales: mediante la nulidad se presume que la partición no existió, por el principio de que lo que es vicioso en su origen es vicioso siempre.

La legalidad vigente solo señala un caso en que la partición se estima nula, cual es: cuando se hace con uno á quien se creyó heredero sin serlo (1). Una vez comprobado el hecho de que quien se creyó que era heredero no lo es, queda declarada nula la parti-

(1) Art. 1,081 del Código Civil.

ción sin necesidad de seguir un juicio para alcanzar tal declaración. Pero si el heredero que se creyó serlo sostiene su derecho hereditario, en este caso se decidirá la cuestión mediante el seguimiento de un juicio, y la resolución que en este recaiga será la que en realidad determine sobre la subsistencia ó insubsistencia de la partición, pues que esta es una cuestión deducida de que se declare ó no heredero al que sostiene que lo es.

Del pago de las deudas hereditarias: su concepto. — El pago de las deudas hereditarias es, lo mismo que otro pago cualquiera, el modo más natural y corriente de solventar las obligaciones, que en este caso son todas cuantas constituían lo que se llama el *pasivo* del haber hereditario; solución que se llevará á efecto con los mismos bienes hereditarios, y en algún caso hasta con los del heredero, según que éste haya ó no aceptado la herencia á beneficio de inventario. Así, pues, diremos como concepto más general del pago de las deudas hereditarias, que es la liberación de todas las cargas ó gravámenes que contra sí tenía el causante de la herencia.

La obligación de pagar que el heredero ó herederos tienen, se funda en que, como es sabido, la sucesión hereditaria transfiere lo mismo obligaciones que derechos, y aquellos son los continuadores del causante de la herencia para ejercitar los unos (derechos) y solventar las otras (obligaciones); y hasta tal punto quedan obligados á cumplir las cargas de la herencia, que en realidad se considera que no hay ni puede haber bienes partibles entre los herederos, en tanto que sobre la herencia pesen deudas contraídas por el que la causa.

Derechos que en general asisten á los acreedores contra la herencia. — El recíproco de que los herederos tienen obligación de pagar las deudas del causante de la herencia, es que los acreedores contra esta tienen derecho á cobrar de los herederos, ya solamente hasta donde alcance el valor de los bienes hereditarios, si la herencia fué aceptada á beneficio de inventario, ya con parte de los propios del heredero, cuando aquellos no sean suficientes, si la aceptación se hizo puramente. Y es tan de cumplir toda obligación que contra la herencia exista, que por eso la Ley po-

sitiva concede á todos los acreedores reconocidos como tales, derecho á oponerse á que se lleve á efecto la partición de la herencia hasta que se les pague ó afiance el importe de sus créditos. Esta declaración legal, contenida en el art. 1,082 del Código Civil, es conforme con las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento civil, que concede á los acreedores cuyos créditos no están asegurados con hipoteca, derecho á promover el juicio universal, y la intervención directa en todas aquellas operaciones que les conviene ó necesitan conocer, para evitar una insolvencia por ocultación de bienes. Todo ello es consecuencia de que lo mismo uno que otro cuerpo legal consideran que no hay materia partible hasta que no están solventadas todas las deudas y cargas de la herencia.

La declaración legal á que nos venimos refiriendo es de estricta justicia y equidad, y de aquí que no haga falta explicación ni razonamiento alguno para explicar su justificación; pero en cambio puede dar lugar á dudas é interpretaciones en lo que á su alcance se refiere, por razón de los términos en que está redactada; porque si bien es claro que la ley concede facultad para oponerse á que se lleve á efecto la partición, á los *acreedores reconocidos*, ocurre preguntar: ¿y quiénes son dichos acreedores? ¿á qué clase de reconocimiento alude el legislador del Código Civil cuando en tales términos habla en el art. 1,082 del mismo?

La única afirmación que puede hacerse después de leer el precepto legal de referencia es, que hay unos acreedores que tienen derecho á pedir la suspensión de la partición de la herencia y otros á quienes se niega, y que para la concesión es necesario que tengan su crédito reconocido; pero sin que pueda afirmarse que este reconocimiento ha de resultar de una sentencia firme ó de declaraciones hechas por los mismos herederos, ó de un título suscrito por el causante de la herencia sin que sus herederos lo hayan impugnado judicialmente. Esta dificultad en la determinación de la clase de acreedores á que el legislador ha querido referirse, será siempre una cuestión delicada y difícil hasta que la Jurisprudencia enseñe el alcance de la ley.

Es evidente que el derecho que algunos acreedores tienen

para oponerse á que se lleve á efecto la partición, subsiste solo hasta que son reintegrados en sus créditos ó afianzado su importe, porque cuando una de estas cosas ocurre no hay ya temor de que tal acreedor pueda ser perjudicado en sus intereses, única razón tenida en cuenta para la concesión de aquel derecho.

Ahora bien; si se trata de acreedores, no ya de la herencia, sino de uno ó más de los coherederos, podrán aquellos intervenir á su costa en la partición para evitar que esta se haga en fraude ó perjuicio de sus derechos. Es decir, que á éstos acreedores no se les concede derecho á oponerse á que se efectúe la partición de la herencia, y solo sí á que la intervengan; diferencia que se funda en que ellos ningún derecho directo tienen sobre los bienes hereditarios, y solo la razón de que por las adquisiciones de este orden que su deudor alcance es mayor su solvencia, y en algunos casos el único medio de pagar, es por lo que se le concede á tales acreedores la intervención de referencia, medio seguro de que por sí mismo se convenzan si hay ó no fraude ó perjuicio para sus derechos; esto es, en lo que puede ser una garantía para el pago de su crédito.

Responsabilidad solidaria de los herederos para el pago de las deudas hereditarias.—El hecho de que los acreedores reconocidos contra la herencia puedan oponerse á que la partición de esta se efectúe, no significa que la partición no pueda hacerse hasta que los créditos se salden; pero efectuada esta, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia á beneficio de inventario, ó hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio. En uno y otro caso el demandado tendrá derecho á hacer citar y emplazar á sus coherederos, á menos que por disposición del testador, ó á consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda (1).

Esta declaración legal es consecuencia de considerarse á todo heredero como continuador de la personalidad del finado, y

(1) Art. 1.084 del Código Civil.

de la extensión que la responsabilidad del heredero alcanza en el cumplimiento de las obligaciones del causante de la herencia, según la forma en que aquél verificó la aceptación de los derechos hereditarios; diferencia de efectos que dejamos explicada al hablar de las formas en que podía aceptarse la herencia.

Pero como cada heredero no debe responder más que de una parte de los créditos hereditarios, á no ser que otra cosa haya dispuesto el testador, ó se haya acordado en la partición, la ley concede acción al coheredero que paga más de lo que corresponde á su partición en la herencia, para reclamar de los demás su parte proporcional; y lo mismo deberá observarse cuando por ser la deuda hipotecaria ó consistir en un cuerpo determinado, la hubiese pagado íntegramente, en cuyo caso el adjudicatario podrá reclamar de sus coherederos solo la parte proporcional, aunque el acreedor le haya cedido sus acciones y subrogádole en su lugar (1). Pero entendemos que en el caso de tratarse de un crédito hipotecario ó consistente en un cuerpo determinado de la herencia, la acción concedida al coheredero que paga, para reclamar su parte proporcional á los demás, no podrá ejercitarse contra éstos si al adjudicarle la finca hipotecada ó la cosa debida se tuvo en cuenta el valor de la carga y se hizo la adjudicación solo por la diferencia entre lo debido y el valor en que fué tasada la finca en el momento de verificarse la partición de la herencia; porque en este caso no existe la razón para que el coheredero que paga pueda repetir contra los demás, y que, como es sabido, no es otra que la de evitar que uno de los partícipes en la herencia salga perjudicado y los otros favorecidos.

En todo caso en que el coheredero que paga tenga derecho á repetir contra los demás, para reclamarles su parte proporcional, debe hacer que éstos sean citados y emplazados al ser él demandado de pago, al efecto de que le quede expedita la acción, porque en realidad se trata de un caso de evicción, y es principio general que en tal supuesto debe darse conocimiento á los obli-

(1) Art. 1,085 del Código Civil.

gados á evicción, por si les conviene mostrarse parte en el juicio para impugnar la demanda.

Forma en que ha de pagarse la renta ó carga real perpetua.— Dispone el Código Civil en su art. 1,086, que «estando alguna de las fincas de la herencia gravada con renta ó carga real perpetua, no se procederá á su extinción, aunque sea redimible, sino cuando la mayor parte de los coherederos lo acordare. No acordándolo así, ó siendo la carga irredimible, se rebajará su valor ó capital del de la finca, y esta se pasará con la carga al que le toque en el lote ó por adjudicación».

Este precepto legal, conforme con los principios de la equidad, es fiel traducción de lo que la práctica tenía admitido, pues siempre se ha considerado, y los modernos legisladores no podían negarlo, que el inmueble gravado con una carga real perpetua desmerece tanto como importa la carga, quedando reducido su verdadero valor á la diferencia de más que representa el precio del inmueble gravado, con relación á la carga, renta ó gravamen. Este valor diferencial debe ser el precio de adjudicación, y el adjudicatario será el directamente obligado al pago de la renta ó carga, puesto que la finca gravada es la que responde del cumplimiento de esta obligación.

Derecho del heredero que es á la vez acreedor de la herencia.— El Código Civil vigente dice en su art. 1,087: «El coheredero acreedor del difunto puede reclamar de los otros el pago de su crédito, deducida su parte proporcional como tal heredero y sin perjuicio de lo establecido en la sección quinta, Capítulo V de este título (1).»

La razón de esta declaración legal no es otra que la de que el heredero, por el mero hecho de serlo, no pierde su condición de acreedor contra el caudal relicto por los créditos que contra el causante de la herencia tuviera, pues la circunstancia de tener contra la herencia un nuevo derecho, no puede perjudicarle. Por esta consideración la nueva Ley positiva le concede los dere-

(1) La edición de la *Gaceta* dice «Capítulo VI»; pero la última edición oficial dice, y así debe entenderse, «Capítulo V».

chos y facultades que reconoce á cualquier otro acreedor, y podrá, por tanto, reclamar el pago á cualquiera de los otros coherederos, deducida la parte proporcional que á él le correspondería pagar como uno de tantos herederos, en el supuesto de que fuera un extraño el reclamante.

Este es el sentido en que creemos deben ser interpretados los términos del texto legal, pues al no distinguir este entendemos que es inadmisibles la conclusión de que el coheredero acreedor solo podrá reclamar de los otros la parte proporcional que les corresponda, deducida antes la del mismo, y que si alguno de ellos resultase insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos, incluso el coheredero acreedor, en la misma proporción.

DOCTRINA LEGAL

Art. 1051 Ningún coheredero podrá ser obligado á permanecer en la indivisión de la herencia, á menos que el testador prohíba expresamente la división.

Pero, aun cuando la prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad.

Art. 1052 Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia.

Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos.

Art. 1053 La mujer no podrá pedir la partición de bienes sin la autorización de su marido ó, en su caso, del Juez. El marido, si la pidiere á nombre de su mujer, lo hará con consentimiento de ésta.

Los coherederos de la mujer no podrán pedir la partición sino dirigiéndose juntamente contra aquella y su marido.

Art. 1054 Los herederos bajo condición no podrán pedir la partición hasta que aquella se cumpla. Pero podrán pedirla los otros coherederos, asegurando competentemente el derecho de los primeros para el caso de cumplirse la condición; y, hasta saberse que esta ha faltado ó no puede ya verificarse, se entenderá provisional la partición.

Art. 1055 Si antes de hacerse la partición muere uno de los coherederos, dejando dos ó más herederos bastará que uno de éstos la pida; pero todos

los que intervengan en este último concepto deberán comparecer bajo una sola representación.

Art. 1056 Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos ó por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique á la legítima de los herederos forzosos.

El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial ó fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima á los demás hijos.

Art. 1057 El testador podrá encomendar por actos *inter vivos* ó *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición á cualquiera persona que no sea uno de los coherederos.

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno de menor edad ó sujeto á tutela; pero el comisario deberá en este caso inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios.

Art. 1058 Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado á otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente.

Art. 1059 Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará á salvo su derecho para que le ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 1060 Cuando los menores de edad estén sometidos á la patria potestad y representados en la partición por el padre, ó, en su caso, por la madre, no será necesaria la intervenció n ni la aprobac ión judicial.

Art. 1061 En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes ó adjudicando á cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie.

Art. 1062 Cuando una cosa sea indivisible ó desmerezca mucho por su divisi ó n, podrá adjudicarse á uno, á calidad de abonar á los otros el exceso en dinero.

Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisi ó n de licitadores extraños, para que así se haga.

Art. 1063 Los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos, y los daños ocasionados por malicia ó negligencia.

Art. 1064 Los gastos de partición hechos en interés común de todos los coherederos se deducirán de la herencia; los hechos en interés particular de uno de ellos, serán á cargo del mismo.

Art. 1065 Los títulos de adquisici ó n ó pertenencia serán entregados al coheredero adjudicatario de la finca ó fincas á que se refieran.

Art. 1066 Cuando el mismo título comprenda varias fincas adjudicadas á diversos coherederos, ó

una sola que se haya dividido entre dos ó más, el título quedará en poder del mayor interesado en la finca ó fincas, y se facilitarán á los otros copias fehacientes, á costa del caudal hereditario. Si el interés fuere igual, el título se entregará al varón, y, habiendo más de uno, al de mayor edad.

Siendo original, aquel en cuyo poder quede deberá también exhibirlo á los demás interesados cuando lo pidieren.

Art. 1067 Si alguno de los herederos vendiere á un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos ó cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes, á contar desde que esto se les haga saber.

Art. 1068 La partición legalmente hecha confiere á cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados.

Art. 1069 Hecha la partición, los coherederos estarán recíprocamente obligados á la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados.

Art. 1070 La obligación á que se refiere el artículo anterior, solo cesará en los siguientes casos:

1º Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, á no ser que aparezca, ó racionalmente se presuma, haber querido lo contrario, y salva siempre la legítima.

2º Cuando se hubiese pactado expresamente el hacer la partición.

3º Cuando la evicción proceda de la causa pos-

terior á la partición, ó fuere ocasionada por culpa del adjudicatario.

Art. 1071 La obligación recíproca de los coherederos á la evicción es proporcionada á su respectivo haber hereditario; pero, si alguno de ellos resultare insolvente, responderán de su parte los demás coherederos en la misma proporción, deduciéndose la parte correspondiente al que deba ser indemnizado.

Los que pagaren por el insolvente conservarán su acción contra él para cuando mejore de fortuna.

Art. 1072 Si se adjudicare como cobrable un crédito, los coherederos no responderán de la insolvencia posterior del deudor hereditario, y solo serán responsables de su insolvencia al tiempo de hacerse la partición.

Por los créditos calificados de incobrables no hay responsabilidad; pero si se cobran en todo ó en parte, se distribuirá lo percibido proporcionalmente entre los herederos.

Art. 1073 Las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones.

Art. 1074 Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas.

Art. 1075 La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legitima de los herederos forzosos ó de que aparezca, ó racionalmente se presume, que fué otra la voluntad del testador.

Art. 1076 La acción rescisoria por causa de lesión durará cuatro años, contados desde que se hizo la partición.

Art. 1077 El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño ó consentir que se proceda á nueva partición.

La indemnización puede hacerse en numerario ó en la misma cosa en que resultó el perjuicio.

Si se procede á nueva partición, no alcanzará esta á los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo.

Art. 1078 No podrá ejercitar la acción rescisoria por lesión el heredero que hubiese enajenado el todo ó una parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieren sido adjudicados.

Art. 1079 La omisión de alguno ó algunos objetos ó valores de la herencia no dá lugar á que se rescinda la partición por lesión, sino á que se complete ó adicione con los objetos ó valores omitidos.

Art. 1080 La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, á no ser que se pruebe que hubo mala fe ó dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda.

Art. 1081 La partición hecha con uno á quien se creyó heredero sin serlo será nula.

Art. 1082 Los acreedores reconocidos como tales, podrán oponerse á que se lleve á efecto la partición de la herencia hasta que se les pague ó afiance el importe de sus créditos.

Art. 1083 Los acreedores de uno ó más de los coherederos podrán intervenir á su costa en la partición para evitar que esta se haga en fraude ó perjuicio de sus derechos.

Art. 1084 Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia á beneficio de inventario, ó hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio.

En uno y otro caso el demandado tendrá derecho á hacer citar y emplazar á sus coherederos, á menos que por disposición del testador, ó á consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda.

Art. 1085 El coheredero que hubiese pagado más de lo que corresponda á su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional.

Esto mismo se observará cuando, por ser la deuda hipotecaria ó consistir en cuerpodeterminado, la hubiese pagado íntegramente. El adjudicatario, en este caso, podrá reclamar de sus coherederos solo la parte proporcional, aunque el acreedor le haya cedido sus acciones y subrogádole en su lugar.

Art. 1086 Estando alguna de las fincas de la herencia gravada con renta ó carga real perpetua, no se procederá á su extinción, aunque sea redimible, sino cuando la mayor parte de los coherederos lo acordare.

No acordándolo así, ó siendo la carga irredimi-

ble, se rebajará su valor ó capital del de la finca, y ésta pasará con la carga al que le toque en lote ó por adjudicación.

Art. 1087 El coheredero acreedor del difunto puede reclamar de los otros el pago de su crédito, deducida su parte proporcional como tal heredero, y sin perjuicio de lo establecido en la sección quinta, capítulo 6º de este título.

APLICACION PRACTICA

La hija heredera única de su padre no tiene necesidad de practicar partición ni adjudicación, bastando el testamento de aquél y la escritura de manifestación de bienes hereditarios para que sirvan de título de propiedad de los mismos. (Sent. de 20 de Febrero de 1890).

La facultad que al testador concede la ley de encomendar por actos *inter vivos* ó *mortis causa* la partición de su herencia á un tercero, en nada ha alterado ni modificado el derecho que tienen los herederos legítimos á promover el juicio voluntario de testamentaria, ni ha derogado tampoco el antiguo precepto de que los herederos forzosos deben percibir su legítima sin gravamen ni condición. (Sent. de 8 de Febrero de 1892).

El viudo es coheredero forzoso, según el art. 807 del Código Civil, y se halla, por tanto, incluso en la prohibición establecida en el art. 1,057 del mismo, para ser partididor en la herencia de su difunta esposa. (Sent. de 8 de Febrero de 1892).

El deber el comisario inventariar los bienes con citación de los coherederos, es medida de precaución tomada por el legislador en interés de éstos; por lo cual, si ellos afirman que el inventario se ha practicado en forma legal, otorgando á su dicho entera fé, hay que estimar cumplido el precepto de ley que tal deber impone. (Res. de 13 de Abril de 1893).

El padre puede prohibir en su testamento la promoción del juicio voluntario de testamentaria; pero debe entenderse que esta prohibición solo alcanza á los herederos voluntarios y á los legatarios de parte alícuota, mas de ningún modo á los herederos forzosos, como son los hijos por razón de su legítima. (Sent. de 17 de Octubre de 1893).

Es necesaria la aprobación judicial de la partición en que intervienen menores que no pueden ser representados por su madre, por existir intereses encontrados, sin que baste para evitarlo el haber estado representados por otra persona que no se hallaba autorizada en forma legal. (Res. de 9 de Septiembre de 1895).

El heredero forzoso tiene derecho, aun contra la voluntad del testador, á promover el juicio voluntario de testamentaria, siempre que lo estime conveniente á sus intereses, no habiendo prescrito; y la sentencia que niega este derecho suponiendo que el heredero tenía la obligación de probar la disconformidad con los demás coherederos en la partición de la herencia para pedir la intervención judicial, prohibida por su padre, interpreta erróneamente el art. 1,052 del Código Civil, en armonía con los 1,019 1,022, 1,037 y 1,038 de la Ley de Enjuiciamiento civil. (Sent. de 24 de Diciembre de 1895).

El documento privado que se reduce á encargar de la partición de una herencia á determinada persona, no priva á los herederos de los derechos que puedan corresponderles sobre todos y cada uno de los bienes hereditarios, ni los imposibilita para pedir que el partidor cumpla su encargo, pues no es un compromiso de amigable composición. (Sent. de 29 de Marzo de 1896).

No constando la autorización del consejo de familia para efectuar las operaciones de división y partición de bienes en que se hallan interesados los menores, ni tampoco que haya prestado su aprobación á ellas, no es inscribible la escritura de partición. (Resolución de 6 de Julio de 1896).

La emancipación habilita al menor de edad para regir sus bienes como si fuera mayor, con las excepciones consignadas en el art. 317 del Código Civil. En su virtud, y aun en el supuesto de que el contrato de partición de herencia estuviese comprendido en la excepción, no puede dudarse de su validez y eficacia para producir efectos jurídicos, si aparece prestado el consentimiento de las personas llamadas á darlo. (Res. de 4 de Noviembre de 1896).

Practicada por el testador la partición de bienes, no puede haber lugar á la prevención del juicio de testamentaria, sino que debe ejercitarse, en el caso de que proceda, la acción rescisoria á que se refieren los artículos 1,075 y 1,076 del Código Civil. (Sentencia de 27 de Noviembre de 1896).

CONFESION FINAL

El temor con que emprendimos la árdua empresa de escribir este modesto libro, nos ha acompañado hasta terminar su publicación; pero esperamos de la indulgencia del lector que sabrá dispensar las faltas é incorrecciones que contiene, de las que son causa nuestra incompetencia y la premura del tiempo, pues dedicada, principalmente, nuestra labor, á la preparación de los alumnos del *segundo curso de Derecho civil*, cuya misión nos ha estado confiada en el presente año académico (1896-1897), no podíamos aplazar para más adelante la conclusión de una obra que estimábamos necesaria para el estudio del programa formado para la prueba de curso.

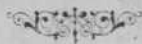
Hemos de confesar ingénuamente, que nos equivocamos cuando, al comenzar nuestro trabajo, creimos poder condensar en *un tomo*, no más abultado que el presente, la exposición doctrinal de toda la materia propia de la asignatura cuya explicación nos estaba encomendada, y por eso consignamos en la *Advertencia* nuestro propósito de publicar, dentro del año, la doctrina completa del *segundo curso* de Derecho civil. Bien pronto nos convencimos de la imposibilidad de nuestro proyecto, y por eso hemos limitado el asunto de este libro, ligeramente pensado y descuidadamente hecho, á la materia del que en el nuevo Código Civil va señalado con el número I.I, dejando para otro tomo el estudio de las cuestiones referentes al libro IV de dicho cuerpo legal; tarea en que actualmente pensamos y que con la ayuda de Dios realizaremos en el próximo curso venidero, y entonces escribiremos, en volumen separado, los *formularios* correspondientes á ambos tomos, ya que por las razones consignadas al principio de esta *confesión final*, no nos ha sido posible hacerlo en el presente libro, según ofrecimos en la *Advertencia* que le sirve de *introducción*.



INDICE

| | <u>Páginas</u> |
|--|----------------|
| ADVERTENCIA.—VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII. | XIV |
| CAPÍTULO I.—De los diferentes modos de adquirir la propiedad. | I |
| CAPÍTULO II.—De la ocupación como modo de adquirir la propiedad. | 9 |
| CAPÍTULO III.—De la donación como modo de adquirir. | 45 |
| CAPÍTULO IV.—De las sucesiones. | 119 |
| CAPÍTULO V.—De la sucesión testamentaria. | 139 |
| CAPÍTULO VI.—Indicación de las diversas clases de testamentos y estudios de las formalidades comunes á todas ellas | 163 |
| CAPÍTULO VII.—Estudio del testamento común abierto | 199 |
| CAPÍTULO VIII.—Estudio del testamento común cerrado. | 219 |
| CAPÍTULO IX.—Estudio de los testamentos especiales. | 245 |
| CAPÍTULO X.—Continúa el estudio de los testamentos especiales. | 267 |
| CAPÍTULO XI.—Indicación de otros varios testamentos que merecen también la consideración de especiales. | 293 |
| CAPÍTULO XII.—De los codicilos y memorias testamentarias. | 311 |
| CAPÍTULO XIII.—De la nulidad, revocación é ineficacia de las disposiciones testamentarias. | 327 |

| | <u>Páginas</u> |
|--|----------------|
| CAPÍTULO XIV.—Del registro de actos de última voluntad..... | 343 |
| CAPÍTULO XV.—De la capacidad para suceder por testamento y sin él..... | 351 |
| CAPÍTULO XVI.—De la institución de heredero..... | 385 |
| CAPÍTULO XVII.—De las sustituciones..... | 415 |
| CAPÍTULO XVIII.—De las legítimas..... | 455 |
| CAPÍTULO XIX.—Derechos del cónyuge viudo en la herencia del premuerto..... | 493 |
| CAPÍTULO XX.—De los derechos de los hijos ilegítimos..... | 517 |
| CAPÍTULO XXI.—De las mejoras..... | 537 |
| CAPÍTULO XXII.—De la desheredación y preterición..... | 553 |
| CAPÍTULO XXIII.—De las mandas, legados y donaciones mortis causa..... | 577 |
| CAPÍTULO XXIV.—De los albaceas ó testamentarios..... | 609 |
| CAPÍTULO XXV.—De la sucesión intestada..... | 635 |
| CAPÍTULO XXVI.—Del orden de suceder en las herencias abintestato, según la diversidad de líneas..... | 655 |
| CAPÍTULO XXVII.—Disposiciones comunes á las herencias por testamento ó sin él..... | 697 |
| CAPÍTULO XXVIII.—De la aceptación y repudiación de la herencia..... | 713 |
| CAPÍTULO XXIX.—Del beneficio de inventario y del derecho de deliberar..... | 737 |
| CAPÍTULO XXX.—De las reservas..... | 769 |
| CAPÍTULO XXXI.—Del derecho de acrecer..... | 797 |
| CAPÍTULO XXXII.—De la colación de bienes en las sucesiones hereditarias..... | 815 |
| CAPÍTULO XXXIII.—De la partición de la herencia..... | 835 |
| CONFESIÓN FINAL..... | 879 |



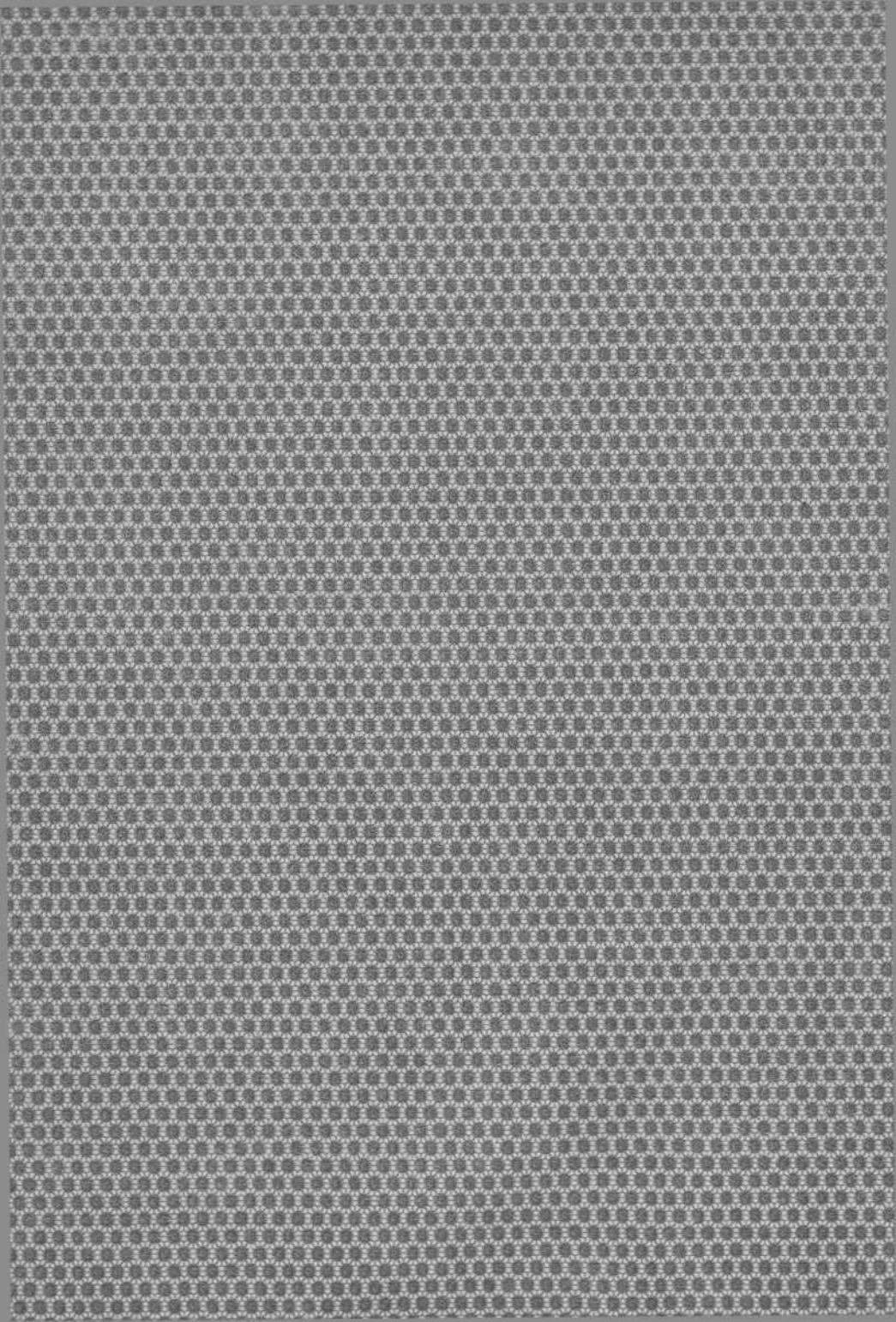
1640989224

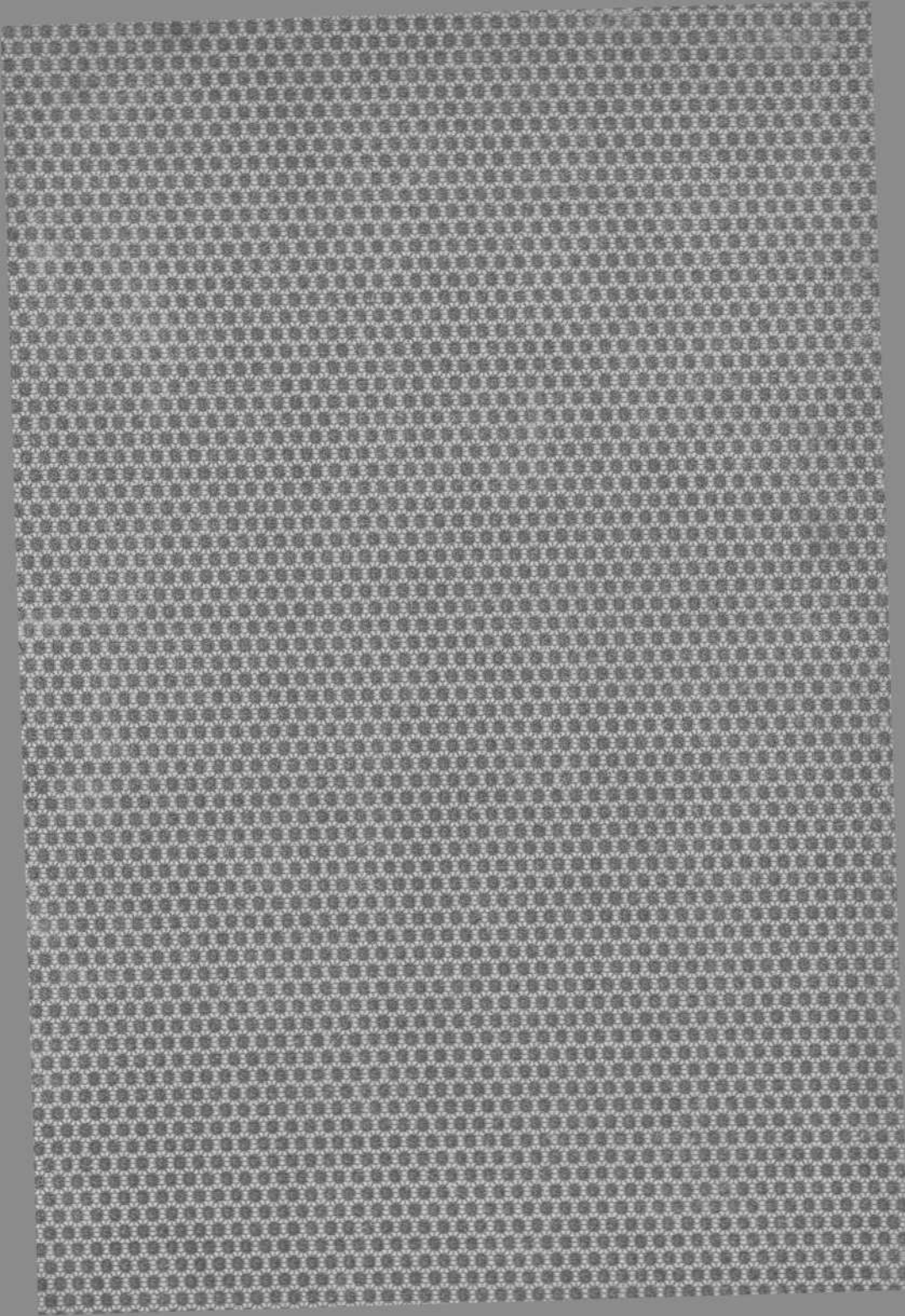
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

640341000X

ERRATAS MAS NOTABLES ADVERTIDAS EN ESTE TOMO

| Páginas | Líneas | Dice | Debe decir |
|---------|--------|----------------------------|------------------------------|
| 17 | 25 | salios | salios |
| 30 y 31 | varias | fundo | fundo |
| 38 | 24 | yerbas | hierbas |
| 76 | 13 | 364 | 634 |
| 87 | 25 | legitimos | legitimos ó legitimados |
| 95 | 30 | transcriptos | transcriptos |
| 145 | 15 | testamentificación | testamentificación |
| 146 | 19 | id. | id. |
| 171 | 10 | de su alma | del alma del mismo |
| 173 | 36 | he | ha |
| 184 | 11 | precuraran | procurarán |
| 184 | 16 | auterice | autorice |
| 184 | 17 | perece | parece |
| 203 | 13 | en primera | en la primera |
| 211 | 2ª | conservar | consignar |
| 248 | 8ª | testador | legislador |
| 249 | 16 | voluntantad | voluntad |
| 254 | 18 | testamentarias, las iremos | testamentarias. Las iremos |
| 318 | 22 | otorgada | otorgado |
| 344 | 11 | exceptuada | exceptuado |
| 361 | 3ª | ella | ellas |
| 365 | 3ª | aquél | éste |
| 392 | 31 | dichas | dichas |
| 398 | 20 | sanción | caución |
| 406 | 5ª | la existencia | el cumplimiento |
| 423 | 8ª | voluntad | voluntad |
| 423 | 36 | renunciando | renunciado |
| 448 | 29 | institución | sustitución |
| 456 | 6ª | fideicomisario | fideicomiso |
| 471 | 30 | posibilidad | imposibilidad |
| 471 | 31 | el valor | al valor |
| 479 | 18 | al que tenían | el que tenían |
| 481 | 22 | los los | los |
| 482 | 12 | quo | que |
| 484 | 12 | le | la |
| 484 | 30 | jaques | jaqueses |
| 486 | 30 | diferencias | diferencias |
| 494 | 25 | Navarra | Vizcaya |
| 494 | 34 | usufructo | usufructo |
| 498 | 15 | demuestra | demuestran |
| 514 | 9ª | diferencias | diferencias |
| 544 | 4ª | Navarra | Vizcaya |
| 555 | 2ª | este no lo olvida | este carácter no lo olvidada |
| 570 | 11 | universal | singular |
| 587 | 33 | testador | heredero |
| 588 | 1ª | donatario | legatario |
| 635 | 12 | abintestato | testamentaria |
| 637 | 26 | compréndese | compréndense |
| 672 | 33 | descendientes | ascendientes |
| 675 | 11 | lugar que | lugar en que |
| 719 | 20 | alteren | altere |
| 740 | 8ª | testador | heredero |
| 772 | 16 | por el injuriado | del injuriado |
| 788 | 12 | descente | descendiente |







EXPL

GALINDO.

EXPLICACION DOCTRINAL
DEL LIBRO III
DEL
CÓDIGO CIVIL.

66140