

## CAPÍTULO VIII

### De las transacciones y compromisos

Ponemos punto al estudio de los contratos con el examen del Código, en orden á las transacciones y compromisos, tendentes á solucionar diferencias en derecho, ora por los mismos interesados que llegan á un acuerdo, ora mediante compromiso de ellos, por árbitros ó amigables componedores, evitando litigios posibles y terminando los ya suscitados.

Lo mismo en las transacciones que en los compromisos palpita un fondo de duda ó de disentiimiento en las partes acerca de lo que es materia de los mismos, y bien llegan á un acuerdo, por aquello de que más vale una mala transacción que una buena sentencia, ó someten el asunto al juicio arbitral de letrados, ó al de amigables componedores, para que estos últimos, *EX EQUO ET BONO*, pronuncien su laudo.

La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo ó reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación del pleito ó ponen término al que había empezado (art. 1.809). Es consensual, porque se perfecciona por el mero consentimiento; bilateral, porque las partes contratantes se obligan entre sí; oneroso, porque se obtienen compensaciones á cambio de lo que aquéllas se ceden, sin que se vea en esto la nota de gratuidad y sí el interés recíproco: además, es accesorio, porque presupone una cuestión litigiosa ó no litigiosa; en términos que la transacción extingue relaciones anteriores, surgiendo en su lugar otras por novación.

Dicen las leyes 20, 33 y 38 Cód. DE TRANSACT. que por la transacción quedan terminadas y decididas las pretensiones de las partes en una cuestión dudosa, siendo de citar la Sent. 5 Mayo de 1898, de que, reclamada una herencia y habiendo estimado la Sala sentenciadora que á los demandados les fueron adjudicados los bienes que poseen en virtud de una transacción en que intervino el demandante, es evidente que, al no impugnarse esta apreciación en la forma debida (su nulidad, añadimos), queda subsistente el hecho sentado por la Audiencia y, en su virtud, fuera de lugar la acción de petición de herencia.

Dados los términos del art. 1.809, solo cabe la transacción antes de entablarse el pleito ó durante su tramitación, pero no después de ejecutoriamente fallado. Por esto disponen las leyes 1.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup> y 11 Dig. DE TRANSACT.; 2.<sup>a</sup>, 11, 12 y 32 Cód. íd. y 23 Dig. DE CONDIT. INDEB., que la transacción no puede recaer sobre cosa cierta ó decidida por sentencia, salvo si existe contra ella algún recurso ordinario ó extraordinario.

Es válida, como ajustada al art. 1.809, la transacción sobre derechos sucesorios por legítima paterna ó materna (Sent. 11 Diciembre 1901). No es inscribible la transacción otorgada por los síndicos de una quiebra á favor de un acreedor, por no haber pleito entre ellos (Res. 9 Enero 1903).

Puesto que constituye un contrato y funda un estado jurídico, atacable si es vicioso, puede celebrarse puramente ó bajo condición; pero añaden á esto las leyes 9.<sup>a</sup>, 29 y 31 Cód. íd., y 9.<sup>a</sup> y 12 Dig. ídem, que no solamente puede versar sobre una cuestión especial sino que cabe hacerla en términos generales. El Código se produce de una manera amplia; basta que pueda provocarse un pleito ó que éste haya comenzado, para que quepa la transacción; pero claro está que, constituyendo ésta un contrato, tiene que determinarse el objeto sobre que versa, para que puedan las partes dar, retener ó prometer alguna cosa, mejor, el fondo económico del convenio, llámense bienes ó, en general, prestaciones y hasta, aún, abstenciones.

Llevado el Derecho romano de distingos, prescribe en las leyes 29 y 31 Cód. íd. y 9.<sup>a</sup> y 12 Dig. íd., que las transacciones generales ponen término á todas las cuestiones suscitadas entre los transigentes; de modo que no pueden promoverse otra vez so pretexto de haberse descubierto otros puntos cuestionables, y que las especiales no se extienden á cuestiones distintas de la expresamente transigida.

Puesto que la transacción es un contrato, tiene sus elementos personales, reales y formales, constituidos los primeros por la capacidad de los contratantes, quienes, no solo han de tenerla para prestar el consentimiento, sino, además, deben expresar éste de modo que no adolezca vicio que pueda invalidar lo convenido.

En orden á la capacidad, el Código no señala regla especial, debiéndose estar á la general en materia de contratación.

**TRANSIGERE EST ALIENARE:** transigir es enajenar, decían los jurisconsultos romanos; luego podrán transigir los que pueden realizar actos de enajenación, y si no tienen la capacidad de obrar, por ellos deberán hacerlo las personas que ostenten su representación legal, y, en su caso, deben darse los medios complementarios exigidos por el Derecho.

Así es que el tutor no puede transigir sobre los derechos de las personas que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en el número 12 del art. 269 y en el 274 del Código. El primero de éstos exige autorización del consejo de familia, que deberá ser expresa, sin que quepa la presunta conformidad; siendo potestativo en dicho organismo oír el dictamen de uno ó más letrados, según la importancia del asunto. Dicho artículo fué aplicado en Res. de 10 de Septiembre de 1902, que consideró bastante el acuerdo tomado por el consejo de familia para que el tutor de los menores pudiese transigir.

El padre, y en su caso la madre, pueden transigir sobre los bienes y derechos de los hijos que tengan bajo su potestad; pero si el valor del objeto sobre que recaiga la transacción excede de 2.000 pesetas, no surtirá ésta efecto sin la aprobación judicial. De modo que, según el art. 1.810, que estamos estudiando, el Legislador confía en el celo é interés del padre ó madre y les faculta para transigir en nombre de sus hijos, si el valor del objeto no excede de 2.000 pesetas, pero rebasando de esta cantidad, ya no hay confianza absoluta; necesitase la aprobación judicial, instruyéndose, al efecto, el expediente exigido por el art. 2.025 de la ley de Enjuiciamiento civil, modificado por el Código, si el valor del objeto no excede de 2.000 pesetas, cualquiera que sea la parte que en el mismo tengan los hijos.

Y por donde surge esta antinomia: cualquiera que sea el valor de los bienes inmuebles de los hijos constituidos bajo la patria potestad, el padre ó madre no pueden enajenarlos sin la autorización judicial (arts. 164 del Código y 2.011 de la ley de Enjuiciamiento civil); y, en cambio, tratándose también de cosa inmueble, si no vale

más de 2.000 pesetas, cabe que esos padres puedan transigir sin la aprobación del Juez. Se dirá que la diferencia en esto estriba en que la transacción supone una cuestión y los derechos del hijo son dudosos, mientras que en la venta sus bienes no se hallan en este caso: constituyen un patrimonio suyo. Pero no está aquí la verdadera antinomia: al art. 164, como limitativo de los derechos de los padres consagrados en el 159, se le debe dar interpretación estricta, no haciéndolo extensivo á otros bienes que á los inmuebles y derechos reales impuestos sobre los mismos; de manera que el padre puede enajenar, sin autorización judicial, los bienes muebles del hijo, cualquiera que sea su valor; sin embargo de lo cual necesita de la aprobación judicial para transigir sobre los mismos bienes muebles si su valor excede de 2.000 pesetas, pues la palabra «objeto», empleada en el art. 1.810, es genérica y comprende todo aquello que tenga carácter patrimonial, lo mismo cosas que derechos y acciones.

Para que el padre pueda transigir en nombre de sus hijos es preciso que éstos se hallen bajo su potestad y que no tenga interés opuesto al de los mismos, requiriéndose, en este último caso, el nombramiento de defensor, exigido por el art. 165 del Código, y que recaiga la aprobación judicial, pues el art. 1.812, en su segunda parte, por lo mismo que se desvía de la ley de Enjuiciamiento civil, de general observancia, y como excepción á la misma, no tiene otra interpretación que la estricta. Consecuencia también de esto es que si los hijos, aún siendo menores de edad, se hallan emancipados, sus padres no pueden transigir por ellos, y deberán aplicarse, según los casos, los arts. 59 y 317, exigiéndose ó no, en las transacciones, el consentimiento de las personas designadas en los mismos, según sean la materia objeto del convenio y los actos jurídicos que realicen dichos emancipados.

Y como la institución tutelar, tal como se halla regulada por el Código, es la misma en toda España, y éste, á su vez, ha modificado, por el art. 1.810, la ley de Enjuiciamiento civil, de general observancia, la cual también proscribió el régimen anterior á la misma en lo que se oponía á sus prescripciones, creemos que dicho cuerpo legal rige en las regiones aforadas.

No estará de más decir que, según la Inst. § 42 DE RER DIVIS ET ADQ. IPS. DOM. pueden transigir los que tienen capacidad para enajenar, ya por sí, ya por medio de apoderado con poder especial.

Ni el marido ni la mujer pueden transigir sobre los bienes y derechos dotales, sino en los casos y con las formalidades establecidas

para enajenarlos ó gravarlos: art. 1.811 en relación con el 59, 1.346, 1.352 y 1.361 del Código civil, bastando á la mujer la autorización general para comerciar, dada ó consentida por el marido, pues si con ésta, por su cualidad de comerciante, puede disponer, también le es facultado transigir (arts. 6.º á 10, 11 y 12 del Código de Comercio, referidos estos últimos á causa de locura, prodigalidad, interdicción ó ausencia del marido).

Las corporaciones que tengan personalidad jurídica solo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes: art. 1.802 en relación con los 993 y 994, siendo de consignar que, según el Real decreto de 24 de Febrero de 1890, resolutorio de una competencia, corresponde á la jurisdicción ordinaria el conocimiento de un pleito entablado por un particular contra un ayuntamiento sobre incumplimiento de una transacción. La aprobación de ésta corresponde á la Administración activa; pero una vez aprobada, y habiéndose creado derechos á favor de las partes, incumbe á los Tribunales el conocimiento de las cuestiones que se promuevan para la efectividad de los mismos.

Dicho art. 1.812 se separa un tanto de las leyes 46 y última Dig. DE ADM. ET PER. TUT.; 56 § 4.º Dig. DE FURT.; 12 Código DE TRANSACT.; 12 Dig. DE PACT.; 58 Dig. DE PROCUR., y 17 § último Dig. DE JUREJUR. Hoy no prevalece esta doctrina porque los establecimientos públicos se rigen por disposiciones de general observancia, como acabamos de exponer sucintamente; de suerte que, sin la aprobación del Gobierno, los administradores de aquéllos no pueden transigir.

De todo delito surgen dos acciones, la penal y la civil, sobre esta última puede transigirse; pero no extinguirá la primera para la imposición de la pena legal. Así lo prescribe el art. 813 con un buen sentido, porque á la Sociedad interesa la represión del hecho justificable, salvo en los delitos contra la honestidad y el honor de las personas que solo á instancia de parte pueden perseguirse. Ese artículo del Código mantiene relación con los 106 y 107 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

La transacción solamente puede obrar sobre las relaciones patrimoniales y, de consiguiente, no pueden ser objeto de la misma ni el estado civil de las personas, ni las cuestiones matrimoniales, ni lo relativo á alimentos futuros. Dentro de la primera y segunda de estas excepciones compréndese, como materia no transigible, la nacionalidad, la filiación legítima ó natural, la validez del matrimonio,

(DECRET. cap. 1.º DE TRANSACT.) la constitución de la patria potestad ó de la tutela, etc.

El Código se ha separado de la ley 8.ª Dig. DE TRANSACT., título 15, lib. 8.º, dispositiva de que puede libremente transigirse sobre la prestación de alimentos que dimane de contrato, añadiendo las leyes 8.ª Cód. DE TRANSACT. y 8.ª Dig. íd., que si los alimentos se deben en virtud de testamento ú otra última voluntad, solo puede recaer la transacción en los vencidos; y que, con respecto á los frutos, requiérese, para la validez de la misma, la aprobación y decreto del Juez, previo conocimiento de causa.

El Código no prohíbe que pueda transigirse en materia de testamentos, y, sin embargo, prescriben las leyes 6.ª y 8.ª Dig. íd., que las cuestiones dimanantes de ese acto de última voluntad solo pueden transigirse después de estar enterados de su contenido los interesados, añadiendo las leyes 5.ª Cód. DE LEGIT. y 6.ª Cód. DE PACT. que la renuncia á la inspección del testamento es nula y sin ningún valor.

El Legislador romano procura, á juzgar por dichas leyes, que en la transacción no haya ni la menor sombra de engaño; que quien á ella llegue, lo haga con conocimiento de causa, y que el consentimiento se preste sin vicio alguno. Esto es precisamente lo que viene á prescribir el art. 1.817 del Código, de que la transacción en que intervenga error, dolo, violencia ó falsedad de documentos está sujeta á lo dispuesto en el art. 1.265, que autoriza la invalidación del contrato. Sin embargo, no podrá una de las partes oponer el error de hecho á la otra, siempre que ésta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado.

El error puede ser de hecho y de derecho; este último no invalida el contrato; *ERROR JURIS NON VALET*. El primero puede recaer en las personas ó en las cosas; si recae sobre la persona no produce nulidad, sino cuando es substancial, esto es, si la perturbación del entendimiento recae sobre la persona, siendo ésta la principal causa del contrato, lo cual es un caso raro, pues en la transacción, los contratantes de lo que menos se preocupan es de la persona con quien tratan y sí del objeto que les lleva á ella. El error de hecho si que invalida la transacción del pleito no comenzado; habiendo entrado el asunto en los rieles del juicio—y no puede considerarse como parte de éste el acto de conciliación, porque su objeto es evitarlo y á sus favores recaen muchas veces las transacciones—no cabe que pueda oponerse, por ser de presumir que el litigante no tiene duda alguna

ni puede estar equivocado acerca de lo que constituye la materia de la contienda.

El descubrimiento de nuevos documentos (no la falsedad de los que se tuvieron presentes al transigir) no es causa para anular ó rescindir la transacción, si no ha habido mala fe, influyan ó dejen de influir en la demostración del derecho de las partes. Esto se explica habida cuenta á que si la transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada (art. 1.816) y no pierde su fuerza por nuevos documentos, tampoco puede invalidarse por la misma causa, á menos que medie mala fe, porque, siendo ésta un caso típico de dolo, vicia el consentimiento.

Según los términos del art. 1.816 la transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada, de suerte que es un sustitutivo de la sentencia judicial; ésta tiene dos partes: la *JUDITIUM* ó decisión, y la *IMPERIUM* ó apremio para la ejecución de la misma. Si la transacción es la llamada judicial, esto es, que reviste esta forma porque se da cuenta de ella al Juez para su aprobación, se ejecuta por la vía de apremio; pero si no tiene tal carácter, ora por recaer en asunto que todavía no ha empezado á enjuiciarse ó que, enjuiciándose, el Juez es extraño á la transacción, ésta tiene fuerza de autoridad de cosa juzgada en la parte llamada de decisión, pero no procede la ejecución de la misma por la vía de apremio. Para conseguirlo deberán las partes acudir al juicio correspondiente, que puede ser el ejecutivo si resulta de documento que lleve aparejada ejecución y se trate de cantidad líquida que exceda de 500 pesetas y plazo vencido, ó el juicio ordinario, según los casos, para que se cumpla lo transigido.

Ese art. 1.816 tiene por precedente el rescripto de los emperadores Diocleciano y Maximiano donde se lee: *NON MINOREM AUCTORITATEM TRANSACTIONEM QUAM RERUM INDICATORUM ESSE RECTA RATIONI PLACUIT* (ley 20, 5.<sup>a</sup> DE TRANS. 2.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>)

Prestándose el consentimiento con vicio, no por error de cálculo, rectificable ó corregible, dentro de la subsistencia del contrato escriturado, no puede ejercitarse acción en juicio sobre la nulidad del contrato si previamente no se entabla la acción adecuada para obtenerlo (Sent. 27 Junio 1907).

La transacción termina las cuestiones del mismo modo que la cosa juzgada. No podrán promoverse de nuevo, ni mediante rescripto del Soberano, ni por hallazgo de nuevos documentos, ni bajo el pretexto de haberse pagado una cosa no debida, ni por falta de motivo

para suscitarse la disputa (leyes 10, 16, 19 y 23 Cód. DE TRANSACT. y 65 Dig. DE CONDI. INDEB.), siendo de consignar que, según se declaró en Sent. de 25 de Noviembre de 1898, las obligaciones á que se refieren las leyes 6.<sup>a</sup>, 16, 49 y 65 Dig. DE CONDITIOE IDEBITI, no son exigibles á quien contrate por otro, cuando, á su vez, por la manera de hacerlo, no contrae responsabilidades que á él solo puedan afectar.

Y puesto que estudiamos el Derecho romano en materia de transacción, diremos que ésta, según disponen las leyes 4.<sup>a</sup>, 13 y 19 Código, ídem y 16 Dig. íd., se rescinde aunque sea judicial si en su celebración hubiese mediado dolo ó miedo, ó tenido por base instrumentos falsos (lo mismo que dispone el Código, con la diferencia de que éste la considera nula). En este último caso, esto es, si se ha transigido á base de instrumentos falsos, si la transacción tiene por objeto varios puntos y cuestiones, solo se rescindiré respecto de aquello en que hubiese tenido lugar dicho vicio, quedando con fuerza en los demás. No se rescindiré por haber mediado lesión enorme ó en más de la mitad (ley 78 Dig. AD SENAT. CON. TREBEL.,—no aplicable cuando el convenio de que se trata no es una transacción —Sent. 6 Mayo 1861).

Y volviendo al estudio del Código, diremos que, según dispone el art. 1.819, si estando decidido un pleito por sentencia firme se entablare transacción sobre él por ignorar la existencia de aquélla alguna de las partes interesadas, podrá pedir que se invalide la transacción. La ignorancia de una sentencia que pueda revocarse no es causa para atacar la transacción.

Esta última parte del precepto se funda en que, mientras la sentencia no alcanza el carácter de firmeza, revistiendo la forma de ejecutoria, el punto resuelto es todavía dudoso y, de consiguiente, puede acerca de él transigirse.

Aún habiendo sentencia firme, si es ignorada por las partes, cabe también transacción; solo cuando una de ellas la ignore puede pedirse la rescisión de ésta; claro está que si deja transcurrir el plazo para deducir la acción rescisoria contra la transacción, ésta se hace inatacable. Si ambas la conocían, no puede haber transacción, por que ésta supone un derecho dudoso, lo cual no existe habiendo sentencia. El Derecho romano declaró la superioridad de ésta, y en homenaje al principio de veracidad de la cosa juzgada, consideró nula la transacción, falta, por ello, de objeto y causa; pero si la sentencia no había adquirido aún el carácter definitivo, la transacción era válida (leyes 7.<sup>a</sup> y 11 Dig. DE TRANSACT.)

Aquél prescribe, en sus leyes 5.<sup>a</sup>, 9.<sup>a</sup> y 12 Dig. DE TRANSACT., que las transacciones son de interpretación estricta, sin que puedan hacerse extensivas á lo que no se ha tratado ó querido tratar, y que quien ha transigido sobre un legado de un testamento, no se entiende haberlo verificado respecto de mandas hechas en los codicilos, ni que la transacción sobre alimentos se extienda á la habitación y vestidos, aunque todas estas cosas estén comprendidas en el mismo legado.

Puesto que la transacción tiene la fuerza de sentencia y ésta determina su extensión sobre lo que haya sido objeto del pleito, aquella, por tal paridad y, según prescribe el art. 1.815, no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella ó que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma. Consecuencia de esto es que la renuncia general de derechos se entiende solo de los que tienen relación con la disputa sobre la que ha recaído la transacción. Cuando su objeto es una liquidación de cuentas no puede exigirse su cumplimiento, si los liquidadores no han aceptado el cargo (Sent. de 18 de Junio de 1897).

El Derecho aragonés no contiene disposiciones especiales en materia de transacciones, bien que allí mantiénese enhiesto, en materia de contratación, el principio *STANDUM EST CHARTÆ*. Este y las demás observancias que se refieren á los contratos, no se infringen, según se declaró en Sent. de 27 de Junio de 1862, cuando, en una transacción, se concede el aprovechamiento de unas aguas en compensación de otros derechos, sin limitar su uso y se declara por la sentencia que puede hacerse otro distinto del que se expresó en la concesión como objeto principal á que aquél se destinaba.

### De los compromisos

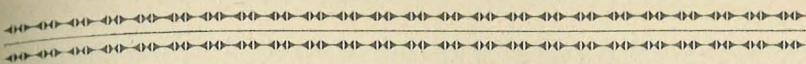
Su fundamento es igual que el de la transacción, por lo cual se les considera como una variedad de ésta. Estriba la diferencia entre ellos en que, por la transacción, las partes resuelven por sí las cuestiones, mientras que, por el compromiso, designan personas que las resuelvan en concepto de árbitros ó de amigables componedores; los primeros han de ser letrados, en tanto que los segundos no requieren este título académico; pero todos han de estar en el ejercicio de sus derechos civiles, ser mayores de 25 años los árbitros, y ser mayores de edad, según la legislación general ó excepcional, los amigables componedores y que, además, sepan leer y escribir; todo de

conformidad á lo dispuesto en los arts. 790, 827 y sus concordantes de la ley de Enjuiciamiento civil, que deberá tenerse en cuenta para todo lo relativo á estos compromisos, esto es, su forma (escritura pública, número de los árbitros y amigables componedores, manera de cumplir su encargo, forma de la sentencia, recursos, etc.) aludida por el art. 1.821 del Código.

Es de citar la siguiente jurisprudencia: El compromiso de someter á amigables componedores las cuestiones que surjan durante la existencia de una sociedad ó para su liquidación, no puede ampliarse á las que se susciten después de liquidada y sobre asuntos resueltos de común acuerdo (Sent. de 24 de Abril de 1897). Habiendo menores de edad interesados en cuestiones relativas con una partición de herencia, el padre de ellos obra legalmente obteniendo autorización judicial para designar amigables componedores y, practicada después por éstos la partición, no es necesario el nombramiento de defensor judicial. (Res. de 10 de Septiembre de 1902, que aplica el art. 1.820, como lo hacen también las Sents. de 12 de Abril y 28 de Octubre de 1897 y 25 de Abril de 1902).

Convenido entre partes que las cuestiones que pudieran surgir de un contrato se sometan á la decisión de peritos, existe un pacto lícito, conforme, en su esencia, á lo dispuesto en los arts. 1.809, 1.815 y 1.820, no habiendo verdadero juicio arbitral, siendo inaplicable la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 13 de Julio de 1904). El convenio de someter una cuestión al juicio de amigables componedores es, desde luego, válido, aún cuando no conste en escritura pública, dando acción á las partes para exigir su cumplimiento en forma legal ó sea ya con posterioridad, sujetándose á lo preceptuado en la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. de 10 de Diciembre de 1903). Convenida la decisión por amigables componedores, al negarse una de las partes al cumplimiento del convenio, queda también la otra desligada de su obligación y puede promover cuestión judicial, si entiende convenirle más este medio que exigir el cumplimiento del compromiso y reclamar indemnización de perjuicios (Sent. 1.º de Diciembre de 1903).

No es válida la designación de dos amigables componedores, debiendo ser su número impar (Sent. de 4 de Noviembre de 1899). Es ineficaz la cláusula por la que se deja á la voluntad de una sola de las partes la designación del tercer árbitro (Sent. de 17 de Mayo de 1904). Se extingue el contrato y cesa en sus efectos si los compromisarios no cumplen su cometido en el plazo que se les marcó (Sents. de 28 de Octubre de 1897 y 24 de Octubre de 1903).



## CAPÍTULO IX

### De los cuasi-contratos

---

#### Su naturaleza y especies

Hay unas obligaciones que son consecuencia inmediata de órdenes de derecho ó de instituciones reglamentadas por la ley, tales como la familia, la tutela, la propiedad y la sucesión; existen otras, generadas por la voluntad concordada ó por la voluntad ordenada cuando se acepta la disposición, bien que estas últimas tienen también por marco el contrato; y, por último, existen otras obligaciones que no proceden de esas fuentes, sino de hechos aislados que, sin ser producto de la voluntad expresa y sí de la tácita y presunta, unidas por la justicia y la equidad, la ley les atribuye determinadas consecuencias obligatorias, á base de que se desenvuelvan lícitamente, respecto de las partes que han intervenido en aquéllos ó á quienes pueden interesar.

Estas obligaciones, que fueron desconocidas en el antiguo Derecho romano, pues no reconocía otras que las derivadas del contrato y del delito, aunque no dejaron de producir consecuencias en el orden jurídico, son las que los Intérpretes, rellenando aquella legislación, dieron el nombre de cuasi-contratos si descansaban en hechos lícitos, y de cuasi-delitos si en hechos punibles, nomenclatura que hubo de aceptar Justiniano y que fué llevada al título 27, lib. 3.º de las Instituciones.

La mayor parte de los escritores aprecian en el cuasi-contrato los fueros de la voluntad tácita ó inferida por hechos, descartando la

presunta; nosotros vemos las dos: así, en la *NEGOTIORUM GESTOR*, está, por parte del gestor, esa voluntad tácita relevada por los hechos que realiza, y por parte de la persona favorecida por la gestión, se descubre la voluntad presunta movida á la vez por la justicia y la equidad de que debe satisfacerse el bien realizado y es de presumir que uno consiente en aquello que le reporta provecho.

El Derecho romano reguló el cuasi-contrato, haciéndolo girar alrededor de la equidad, sentando, como principios del mismo, estas máximas: *QUI VULT QUOD ANTECEDIT, NON DEBET NOLLE QUOD CONSEQUITUR* (el que quiere lo antecedente, quiere lo consiguiente); *NEMO CUM ALTERIUS DAMNI FIERI POTEST LOCUPLETIOR*, (nadie puede enriquecerse con perjuicio de otro), y que cada uno consiente en aquello que le trae utilidad. El alma, pues, de los cuasi-contratos fué la equidad, que templó la dureza del Derecho estricto, y sus clases fueron la gestión de negocios y la *COMMUNIO INCIDENS*, apoyadas en el último principio, la tutela y la aceptación de herencia en el primero, y la *SOLUTIO INDEBITI* en el segundo, registrándose, además, la *LITIS CONTESTATIO*, porque se partía de la base de que, por el hecho de contestar á la demanda, se contraía el compromiso de seguir del debate judicial hasta sentencia.

El Código, en su art. 1.887, hace girar los cuasi-contratos en torno de la voluntad tácita, teniendo por base hechos lícitos y puramente voluntarios, de los cuales resulta obligado su autor para con un tercero; pero no excluye la voluntad presunta, pues en ese mismo precepto añade que, por ellos, puede resultar una obligación recíproca entre los interesados; la obligación, pues, del autor de esos hechos descansa en su voluntad tácita, pero del que no tiene este carácter y sí el de beneficiado, se funda en la voluntad presunta, apoyada la exigibilidad de la obligación por la equidad y la justicia.

El Sr. Sánchez Román define los cuasi-contratos, no como los escritores del Derecho romano que dicen que son hechos lícitos que obligan aún á los que los ignoran en virtud de un consentimiento presunto nacido de la equidad ó de la utilidad, sino que son ciertos hechos lícitos, generalmente voluntarios, que á virtud del principio de justicia y por ministerio de la ley, producen obligaciones unilaterales ó bilaterales entre dos ó más personas.

La diferencia entre estas definiciones estriba en que los romanistas apoyan su definición en ese principio de equidad ó de utilidad y no hablan del de justicia, en tanto que este último y aquél entran en el moderno concepto del cuasi-contrato que, además de obligacio-

nes unilaterales, puede producirlas bilaterales, á base de que se deriven de hechos lícitos y voluntarios, sin que exista convención, porque, de haberla, la obligación tendría por fuente el contrato.

Sin darnos cuenta hemos floreado la doctrina acerca del fundamento racional y jurídico de los cuasi-contratos; para unos, es el consentimiento tácito; para otros, el consentimiento presunto, y, para muchos, la equidad natural, no faltando quien sostenga que es la declaración de la Ley. Para nosotros no puede ser esto último, porque la Ley no hace otra cosa que consagrar y condicionar el Derecho y éste es la medida de la Justicia; ésta, lejos de estar divorciada de la equidad natural, la abrillanta convirtiéndola en regla jurídica de carácter obligatorio, merced á las disposiciones del Poder público, dentro del respectivo orden jurídico, como hemos dicho al principio.

Dos cuasi-contratos registra el Código: el de la gestión de negocios y el del cobro de lo indebido.

#### De la gestión de negocios

Se funda en el principio jurídico UNUSQUISQUE VIDETUR CONSENTIRE IN ID QUOD UTILITATEM ADFER (cada uno consiente en aquello que le reporta utilidad) y de él tratan la Instituta § 1.º DE OBL. QUÆ CUAS EX CONTR. NASC. y las leyes 21 y 23 Dig. DE NEG. GEST., dispositivas de que quien, sin mandato, se encarga voluntariamente de la administración de los negocios de un ausente ó de otro modo impedido, contrae la obligación de acabar las gestiones empezadas hasta que el dueño pueda atender á ellas por sí mismo, quedando sujeto á todas las obligaciones que serían de su cargo en caso de tener mandato expreso. Esto es lo que viene á prescribir el art. 1.888, el cual pone á ese gestor en la alternativa de, ó continuar la agencia ó administración del negocio ajeno ó requerir al interesado para que le sustituya en la gestión si se halla en estado de poder hacerlo por sí. No haciendo uso de esto último, queda obligado á continuar la gestión hasta su término é incidencias de la misma, para que no se perjudique al dueño, en cuyo caso resultaría barrenado el fundamento de ese cuasi-contrato, que es el beneficio, ó mejor, que no se menoscaben los intereses con su abandono.

El gestor oficioso debe desempeñar su cargo con toda la diligencia de un buen padre de familia é indemnizar de los perjuicios que

por su culpa ó negligencia se irroguen al dueño de los bienes ó negocios que gestione: (primer apartado del art. 1.889, que corresponde al § 1.º de la Instít., texto citado, y ley 11 Dig. íd., las cuales, además, hacen responsable al gestor del dolo, y como quiera que éste siempre se presta en toda clase de obligaciones, no había para que incluirlo en dicho artículo. Pero éste añade, que los Tribunales, sin embargo de lo en él prescrito, podrán moderar la importancia de la indemnización, según las circunstancias del caso; aditamento que consideramos de aplicación general, porque tiene por fundamento la justicia y aún la equidad en que aquéllos deben inspirarse al hacer uso de dicha facultad.

Si el gestor delegare en otra persona todos ó algunos de los deberes de su cargo, responderá de los actos del delegado, sin perjuicio de la obligación directa de éste para con el propietario del negocio: art. 1.890, cuya doctrina no vemos ni en el Derecho romano, ni en el tradicional español y que dió motivo á que se dividieran las opiniones de los Autores, negando unos que pudiera darse esa delegación, sin consentimiento del propietario, y sosteniendo otros lo contrario, hasta que el Código ha encontrado una fórmula, de suyo razonable, pues si este cuasi contrato se rige por la misma doctrina que el mandato, menos en aquello que *no* consiente su naturaleza, y si la gestión puede ser tan compleja que exija delegaciones en su ejercicio, ó que no pueda el gestor verificarla, no debe prohibirse que éste encomiende la ejecución de actos relacionados con la misma; pero como no es mandatario, debe responder directamente del negocio ante el propietario, sin perjuicio de entenderse con su delegado, porque nadie le ha llamado á la gestión, debiendo estar, tenido, por tanto, á sus consecuencias. Ese art. 1.890 no priva al propietario de su derecho á repetir contra el delegado del gestor, sino que, amparando sus intereses, pues no otra es su finalidad, dice que ese gestor responde para con él directamente, finalidad que se descubre también en la segunda parte del precepto, sustentada en el principio de unidad de gestión, al disponer que la responsabilidad de los gestores cuando fueren dos ó más será solidaria; esto no es óbice para que el propietario del negocio repita contra cada uno de ellos, convirtiendo la obligación, de *IN SOLIDUM*, en mancomunada simple ó *Á PROBATA*, pues quien tiene derecho á lo más, puede hacer lo menos.

Si la pluralidad de gestores, lejos de ser simultánea, es sucesiva ó independiente, por haber intervenido con separación unos de

otros, cada uno responderá de sus propios actos y de los realizados por su delegado.

El Derecho romano, llevado de sus distingos, presenta situaciones jurídicas que el Código civil no establece en orden á los casos de responsabilidad del gestor por perjuicios. Habiendo, por su parte, dolo ó negligencia en la administración, esta última procede. He aquí la regla general, tras de la que viene una excepción consagrada en la ley 3.<sup>a</sup> Dig. DE NEG. GEST., relativa á que si el objeto de la gestión ha sido salvar los bienes del ausente del total abandono en que se hallaban porque nadie quisiese cuidarlos, queda limitada su responsabilidad á los daños provinientes de dolo ó gravísima culpa del administrador; de modo que, en este caso, no responde de la culpa leve, que es la ordinaria.

El gestor de negocios responderá del caso fortuito cuando acometa operaciones arriesgadas que el dueño no tuviese costumbre de hacer ó cuando hubiese pospuesto el interés de éste al suyo: artículo 1.891, que corresponde á la ley 11 Dig. íd. preceptiva de que el gestor debe abstenerse de hacer ninguna operación ó negocio que no acostumbra á verificar el propietario, y si de resultas de haberlo realizado, hubiera perjuicio, responderá enteramente de éste aunque provenga de caso fortuito, y si hubiese ganancia, será del dueño, debiendo éste reembolsar lo gastado para lograrla.

Esa responsabilidad en que incurre el gestor fúndase en que éste debe proceder con el mismo celo, diligencia é interés con que el dueño procedería por costumbre suya, siendo aquél su *alter ego* en el cuidado de las cosas, y, al extralimitarse, no le vale el caso fortuito, como tampoco exime al mandatario.

La ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso; art. 1.892, en el cual palpita la idea de que la relación jurídica entre el propietario y el gestor es, antes de la ratificación, producto de la voluntad presunta del primero y de la voluntad tácita del segundo, y cuando la ratificación sobreviene, la primera se convierte en expresa, produciendo los efectos del mandato. En aquella relación se dan dos clases de acciones, llamadas, en Derecho romano, *NEGOTIORUM GESTORUM DIRECTA* y *NEGOTIORUM GESTORUM CONTRARIA*, y corresponden: la primera, á la persona á cuyo favor se hizo la gestión ó á sus herederos y demás derechohabientes contra el gestor ó los suyos para exigir el cumplimiento de las obligaciones de tal gestor y efectividad de las responsabilidades en que haya incurrido; y la segunda, al gestor

ó á sus herederos ó causahabientes contra el dueño de las cosas ó asuntos gestionados y, en defecto, contra sus herederos ó personas beneficiadas, para obtener el cumplimiento de las obligaciones al mismo imputables ó para el reintegro de los gastos necesarios y útiles que hubiese tenido necesidad de hacer y para la indemnización de los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cometido.

Ratificada la gestión, dueño y gestor se colocan en la situación jurídica de poderdante y apoderado. No ratificada expresamente la gestión, pero aprovechándose el dueño de las ventajas de la misma, será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, por ser de justicia, al par que es de presumir, que uno consiente en aquello que le redunda provecho, y como, además, no debe enriquecerse con perjuicio del gestor, ha de indemnizar á éste de los gastos necesarios y útiles, no de los voluntarios que hubiese hecho, así como de los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo, por ser esto equitativo y porque, en otro caso, nadie se prestaría á la gestión, sabiendo, de antemano, que la ley no le da ese derecho de indemnización, que no es un premio al cargo, si que una reparación debida á la oficiosidad realizada con buenos móviles.

La misma obligación le incumbirá al dueño (refiérese á la establecida en el primer apartado del art. 1.893) cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resultase provecho alguno.

Dicho artículo presenta, en sus dos partes, estas situaciones: una, cuando la gestión resulta con ventajas positivas para el dueño, y otra, cuando, sin obtener ninguna ventaja, su objeto fué evitar algún perjuicio; en este caso, para que quepa la obligación de indemnizar el dueño de los gastos necesarios y útiles y de los perjuicios sufridos en el desempeño del cargo, es preciso que el perjuicio evitado haya sido inminente y, además, manifiesto; circunstancias conjuntas apreciables por el Tribunal de instancia, las cuales si, efectivamente, se han dado, cabe que el gestor tenga esa acción contraria, aunque de la gestión no hubiese resultado provecho alguno; bastante beneficiado salió el dueño con haber evitado á sus cosas ó asunto el riesgo que corrieron. Es de citar la Sent. de 10 de Mayo de 1902, de que no declarándose por el Tribunal sentenciador que la gestión haya producido ventajas aprovechadas por el dueño, no se infringe el artículo 1.893 al absolverle de la demanda deducida por el gestor.

El art. 1.892 tiene por precedentes las leyes 6.<sup>a</sup>, tít. 5.<sup>o</sup>, lib. 3.<sup>o</sup>,

50, tít. 1.º, lib. 17 y 60, tít. 17, lib. 50 del Digesto, así como la ley 9.ª, tít. 19, lib. 2.º y 3.ª, tít. 38, lib. 8.º del Código romano, y respecto del art. 1.893, corresponde un tanto éste, á la Instituta párrafo 1.º DE OBL. QUÆ CUAS EX CONTR. NASC., y ley 10 Digesto DE NEG. GEST., prescriptivas de que el propietario debe abonar al administrador los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho de buena fe, aún cuando no hayan reportado la utilidad que de ellos se esperaba, añadiendo la ley 6.ª Dig. íd. que si se probase haberse tomado la gestión para la exclusiva utilidad del gestor, solo podrá reclamar éste lo gastado hasta la suma en que mejoró los intereses administrados. El gestor debe dar cuentas de su cargo al propietario, entregándole lo que por razón del mismo hubiese percibido, al igual que el mandatario. (Instit. § 1.º citado).

Cuando sin conocimiento del obligado á prestar alimentos los diese un extraño, éste tendrá derecho á reclamarlos de aquél, á no constar que los dió por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos (primer apartado del art. 1.894). Exige este precepto, para que pueda aplicarse: 1.º Que haya persona obligada á prestar alimentos; 2.º Que sin conocimiento de ésta, pero presumiéndose su voluntad, los dé un extraño, y 3.º Que conste que no los dió por oficio de piedad y sí con ánimo de reclamarlos. Así, por ejemplo, el padre viene obligado á alimentar á su hijo; si lo lleva á una casa de huéspedes y contrata con el patrón, no existe cuasi-contrato, si que contrato de pupilaje; pero si ese hijo menor, ignorándolo su padre, entra de pupilo en dicha casa y recibe alimentos, debe distinguirse en si se le dieron por oficio de piedad y sin que el patrón tuviese ánimo de reclamarlos ó si tal prestación se realizó con el propósito de reclamarla del padre. En el primero de estos dos casos no hay cuasi-contrato; en el segundo sí. Es preciso que los alimentos los dé un extraño, esto es, persona que no venga obligada á darlos, porque si tiene esta obligación ético-jurídica, llamada deuda alimenticia, no puede repetir contra el otro obligado á prestarlos.

Los gastos funerarios proporcionados á la calidad de la persona y á los usos de la localidad deberán ser satisfechos, aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquellos que, en vida, habrían tenido obligación de alimentarle: art. 1.894, que ha venido á suplir una omisión en que incurrió la ley 30 de Toro. Fúndase dicha obligación en la necesidad de evitar abusos por una parte, y por otra, en que el deber exigible de prestar alimentos, cuya fuente es la ley natural, debe cumplirse durante la vida del alimentista y aún después de

muerto, costeando sus gastos funerarios, para que el nombre de su familia no padezca en el concepto público, no teniendo esto otros límites que los impuestos por la calidad de la persona y por los usos de la localidad, huyendo, por consiguiente, de suntuosidades, á menos que quien las pague quiera hacerlas; en cuyo caso la obligación de pago tiene por causa, no la piedad humana, como dice un autor, sí que la convención expresa.

### Del cobro de lo indebido

La justicia, la equidad y el buen sentido no autorizan á nadie para que se enriquezca con perjuicio de otro: cada uno debe recibir lo suyo *SUUM CUIQUE TRIBUERE*. Por esto, cuando se recibe una cosa que no había derecho á cobrar y que, por error, ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla (art. 1.895, que corresponde substancialmente á lo dispuesto en la Instit. § 6.º DE OBLIG. QUAE CUAS. EX CONT. NASC. y en las leyes 2.ª § 1.º DE COND. INDEB. y 10 Cód. DE JUR. ET FACT. ING.

Haciendo la exégesis de ese precepto requiérese: 1.º Que la persona á la cual se haya entregado la cosa no tenga derecho á recibirla; 2.º Que haya mediado error, no por parte de ella, sino por quien la entregó, y 3.º Que ese error sea de hecho, como sostienen Toullier, Zacharía, Pedregal, Sánchez Román, Falcón y Manresa, en contra de lo opinado por Mercadé, quien sostiene la teoría, fundada en el principio de equidad, de que, no debiendo nadie enriquecerse con perjuicio de otro, cabe la devolución de lo pagado por error de derecho, pues á quien nada se le adeuda, debe reclamársele lo que se le pagó equivocadamente.

La opinión de los primeros escritores es la que prevalece, porque, habiendo error de derecho, no puede existir cuasi-contrato; el pago en esa forma supone, por regla general, una liberalidad por parte del que lo realiza: *ERROR JURIS NON VALET*.

El error de hecho, que constituye el nervio de este cuasi-contrato, debe probarse, bastando su presunción en dos especiales casos expresados en el art. 1.901, á saber: cuando se entregó la cosa y no se debía, y cuando estaba ya pagada, pues quien la recibió no debía ignorarlo y si, á pesar de esto admitía el pago, se aprovechaba indebidamente de la buena fe del pagador; pero esta presunción es de las que admiten prueba en contrario, que ha de girar sobre dos su-

puestos: uno, que el pagador hizo la entrega á título de liberalidad, lo cual supone que le constaba no deber lo que satisfizo, y otro, que concurra otra causa justa, no determinada, por cierto, en el Código, y que solo el Tribunal de instancia puede apreciar. Si el que recibió el pago prueba que la entrega se hizo á título de liberalidad ó los hechos determinantes de la causa justa, no viene obligado á su devolución, según lo dispuesto en dicho artículo, que concuerda con lo prescrito en las leyes 53 y 82, tít. 17, lib. 50 y 12 tít. 2.º, lib. 46 del Digesto.

El cobro de lo indebido establece, *POST FACTO*, un vínculo jurídico por virtud del cual el que recibe una cosa ó cantidad sin razón derecha queda obligado á restituirla á quien, erroneamente, hizo la entrega, quien, por ello, adquiere la cualidad de acreedor con el consiguiente derecho á pedir la restitución más ó menos amplia en cuanto á sus efectos ó derivaciones, según haya obrado de buena ó de mala fe el que aceptare el pago. Consecuencia de esto es que si el pago es debido, mejor, si quien lo recibió era acreedor, por regla general, no caben los efectos de ese cuasi-contrato, pues uno puede pagar por otro. Además, la restitución debe hacerse al que efectivamente hizo el pago, sea la cosa propia ó ajena; se devuelve lo que se ha entregado y á quien lo ha entregado, sin que esté autorizado el que lo restituye para inquirir si el pagador es ó no dueño de lo satisfecho; y aún cuando la incuria ó negligencia de los dependientes del que pagó fuera la causa primera del daño inferido á éste, por más que tenga acción contra aquéllos, tiene también su acción contra el que recibió el pago, aunque procediera sin culpa ni negligencia, por existir de por medio el error, que es el nervio del cuasi-contrato. Son tales los efectos del mismo que, si bien, por los arts. 1.137 y 1.138, la obligación única contraída á cargo de varios deudores y en beneficio de varios acreedores es mancomunada simple, no cabe aplicarlos al caso del pago de lo indebido, precisamente porque la obligación de devolver no tiene por fuente la convención y porque el cobro de lo indebido impone la necesidad del total reintegro al pagador, en cuanto le sea dable, sustrayéndole de las contingencias que de la mancomunidad puedan derivarse, las cuales deben recaer, en todo caso, sobre los que se aprovecharon del yerro ajeno.

Gran parte de lo arriba dicho constituye la doctrina establecida en Sent. de 23 de Diciembre de 1903, habiendo también declarado el Tribunal Supremo por la de 24 de Octubre de 1901, que la responsabilidad civil impuesta por los arts. 1.895 y siguientes no obsta

á la penal establecida en el núm. 5.º del art. 548 en relación con el 547 del Código penal, que tratan del delito de estafa cometido por quien se apropió, en perjuicio del Banco de España, de 10.000 pesetas que le fueron entregadas de más, por equivocación, cuando cobró un talón de cuenta corriente, negando haberlas recibido, pues esta negativa dió al hecho ese carácter punitivo previsto y castigado en dichos artículos.

La buena fe es un factor poderoso para determinar los efectos jurídicos del pago de lo indebido. Mediando aquélla, quien recibió el pago solo responde de las desmejoras ó pérdidas de la cosa y de sus accesiones en cuanto por ellas se hubiere enriquecido. Si la hubiese enajenado restituirá el precio ó cederá la acción para hacerlo efectivo: art. 1.897, que corresponde á las leyes 26 y 65 Dig. DE COND. IND. prescriptivas de que si el que hubiera recibido de buena fe una cosa indebida la vendiese antes de constarle la obligación de devolverla, deberá solo restituir el precio que hubiese percibido.

El art. 1.897, á juzgar por su estructura, parece que se refiere á la buena fe en el momento de aceptarse el pago; pero ¿y si después resulta la mala fe, no obstante lo cual ese cobrador enajena la cosa? El Derecho romano prevé este caso, como antes se dice; solamente devolverá aquél el precio si antes de la venta tenía buena fe, es decir, que estaba en la creencia de que se le debía la cosa entregada. Para nosotros la buena fe ha de ser constante; desde el momento en que ésta desaparece, el artículo aplicable á la cuestión es el 1.896 y, por lo tanto, constándole á ese cobrador que en el pago hubo error porque no se le debía la cosa, ó porque la tenía pagada, debe abonar desde ese momento el interés legal, cuando se trate de capitales, ó los frutos percibidos ó debidos percibir cuando la cosa recibida los produjese, pues si la justicia y la equidad son el alma de ese cuasi-contrato, ellas demandan de consuno, que ese cobrador no debió recibir el pago de mala fe, aprovechándose del yerro ajeno y que si obró de buena fe entonces, apenas advirtió la equivocación debió devolver los capitales ó la cosa á quien erróneamente se los había entregado.

No para aquí la sanción civil; el Código hace responsable á ese cobrador de mala fe, de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquier causa y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó hasta que la recobre; pero no prestará el caso fortuito, solamente cuando hubiere podido afectar del mismo modo á las cosas, hallándose en poder del que las entregó.

El Derecho romano, después de prescribir en las leyes 15, 61 y 26 Dig. íd. que la cosa recibida indebidamente debe restituirse con sus frutos y acciones, añade en las 15, 18, 45 y 65 Dig. DE REI VINDIC. que el que recibió indebidamente una cosa debe devolverla en especie, esto es, la misma si se halla existente, ó su valor si desde que conoció su obligación de restituirla hubiese perecido ó padecido deterioro por su culpa, y que si hubiese mediado mala fe en la recepción, lo será también de la pérdida ó deterioro provinientes de caso fortuito.

Parangonando el Derecho romano y el Código, apenas si advertimos discrepancias entre sus prescripciones: ninguno de ellos hace responsable del caso fortuito al que, de buena fe, hubiese recibido la cosa; pero si procedió de mala fe, el Derecho romano es inexorable, le hace responsable, lo cual el Código ha modificado diciendo que no cabe esa responsabilidad cuando tal caso hubiera ocurrido hallándose las cosas en poder del que las entregó.

En cuanto al abono de mejoras y gastos hechos por el que, indebidamente, recibió la cosa, se estará á lo dispuesto en el tít. 5.º del lib. 2.º: art. 1.898 que se ha de relacionar con los 453, 454, 455 y 456, distinguiendo entre poseedor de buena y de mala fe.

Queda exento de la obligación de restituir el que creyendo de buena fe que se hacía el pago por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, dejando prescribir la acción, abandonado las prendas ó cancelado las garantías de su derecho.

El que pagó indebidamente, solo podrá dirigirse contra el verdadero deudor ó los fiadores respecto de los cuales la acción estuviese viva: art. 1.899, que tiene sus precedentes en las leyes 19 y 65 Digesto DE COND. IND., prescriptivas de que quien hubiese pagado una deuda ajena creyendo estar obligado á ella, podrá repetir contra el acreedor para que le devuelva lo entregado, á menos de que éste hubiese rasgado el título de su crédito, en cuyo caso solo podrá instar el recobro del verdadero deudor.

Ese art. 1.899 constituye una excepción de los anteriores y ampara la buena fe del acreedor. Puede creer uno que adeuda una cantidad y, al entregarla al acreedor legítimo, y subsistente la deuda, éste rasga el título, deja prescribir la acción ó abandona las garantías de su derecho. Si ese acreedor procede de buena fe, la cual se presume mientras no se pruebe lo contrario, no es justo que devuelva la cantidad, por dos razones: una, porque cobró lo suyo y se desprendió del título y de las garantías, y otra, porque quien sufrió la

equivocación fué el pagador; pero tampoco es equitativo que éste resulte defraudado, y por esto la ley le concede acción, sea la *NEGOTIORUM GESTORUM*, como la llama Bonel, sea la que fuese, pues el nombre no hace á la cosa, contra el verdadero deudor ó los fiadores, respecto de los cuales la acción estuviese viva, pues si ha prescrito no podrá conseguir el recobro de que habla el Derecho romano.

La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo hecho.

También corre á su cargo la del error con que lo realizó, á menos que el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclama. En este caso, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone que recibió: art. 1.900, que es, de suyo, diáfano y cuyo fundamento no es otro que el principio en materia enjuiciaria de que la prueba incumbe al que afirma. El hecho de que el demandado niegue haber recibido la cosa, no obstante haberse probado su entrega, arguye, por parte de él, una mala fe, que releva al demandante de la obligación de probar su error; pero si el demandado acredita que le era debido lo que se supone que recibió, entonces no viene obligado á devolver, porque ya no se trata de pago de lo indebido, sino de lo debido, á menos de que se trate del pago de cantidad, pues si no ha inutilizado el título, dejado prescribir la acción ó abandonado las garantías, debe devolverla al que hizo el pago por error, interpretándose de este modo, á *contrario sensu*, el art. 1.899 que, como hemos dicho, constituye una excepción en la materia de este cuasi-contrato.

#### De las obligaciones que nacen de la culpa ó negligencia

Los expositores é intérpretes del Derecho romano introdujeron los llamados cuasi-delitos, así como los cuasi-contratos, para que nada faltase en aquella soberbia construcción jurídica, que ha merecido, con justicia, el nombre de la razón escrita. Admitiéronse los siguientes cuasi-delitos: *POSITUM SUSPENSUM*, por los daños causados con el desprendimiento de objetos colocados en el muro exterior de los edificios; el *EFFESIVUM ET DEJECTIVUM*, por los producidos á consecuencia de arrojar líquidos ó sólidos á la calle; el que incurría el juez cuando hacía suyo el pleito ó por error ú otra circunstancia análoga dictaba sentencia perjudicial para uno de los litigantes, y se llamaba *SI JUDEX LITEM SUAM FECERIT*; el *DAMNUM INJURIAM*,

esto es, daño causado sin derecho ó por injuria castigado por la ley Aquilia en uno de sus capítulos, y por último, también por razón de cuasi-delito, el edicto pretorio hizo responsables á los capitanes de los buques, mesoneros ó posaderos del defterioro que sufriesen las mercaderías confiadas á su conducción ó custodia, sin que debamos omitir la acción llamada *Pauperia*, concedida al agraviado, contra los dueños de animales domésticos, por los daños que éstos causaran, aunque por parte de ellos no mediase culpa y de cuya responsabilidad podían librarse haciendo entrega del animal al perjudicado, medio este común á todas las acciones noxales.

Ha desaparecido de la moderna técnica jurídica el nombre de cuasi-delitos; los hechos culposos ó negligentes que producen daño, toman hoy el nombre de imprudencias temerarias y simples, de las cuales no podemos ocuparnos por corresponder su estudio al Derecho penal; nuestro objeto, en la presente sección, es examinar ante la ley civil las obligaciones que nacen de culpa ó negligencia provenientes de hechos ilícitos y que tienen por fundamento un principio indiscutible de justicia, como medida del derecho, para que al agravo se le dé la satisfacción debida, haciendo que pecuniariamente se resarza el daño y se indemnice el perjuicio, daño y perjuicio que definen los jurisconsultos romanos diciendo QUOD DIMINUIT PATRIMONIUM NOSTRUM.

El que por acción ú omisión causa un daño á otro interviniendo culpa ó negligencia está obligado á reparar el daño causado: artículo 1.902, que da á la palabra daño una acepción genérica, comprendiendo en ella, no solo lo material, el quebranto de la cosa, apreciable por los sentidos, sí que también el perjuicio, la privación del beneficio razonable de que la acción ú omisión culposa ó negligente ha privado al agraviado, con más los gastos que éste ha tenido que hacer para ponerse en condiciones de gozar del derecho que tenía, como si el agravo no hubiera ocurrido.

Para que pueda aplicarse ese art. 1.902 requiérese: 1.º Que existan un daño ó perjuicio no procedentes de actos ú omisiones propios del perjudicado, sino de aquél que los haya producido ó de personas colocadas bajo su protección, vigilancia, dirección, etc. 2.º Que se acredite debidamente la existencia de esos daños y perjuicios, por ser supuestos positivos de la indemnización, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en Sents. de 16 de Diciembre de 1903, 7 de Junio de 1905 y 13 de Noviembre de 1906, cuya prueba incumbe al actor, de conformidad con el principio establecido en el art. 1.214. 3.º Que

dicho daño ó perjuicio haya sido causado por culpa ó negligencia de una persona distinta de la que lo sufre, según se ha declarado en Sents. de 9 de Abril de 1896, 7 Marzo de 1902, 16 Junio de 1904 y 13 de Noviembre de 1906, y 4.º Que el daño ó el perjuicio sean imputables á culpa ó negligencia; éstas constituyen la fuente de la obligación, no cuando sean debidos á la naturaleza de la cosa (sentencia de 12 de Enero de 1906).

### Del daño moral

El ilustrado escritor de «La Gaceta de Registradores y Notarios» D. José M.<sup>a</sup> Fábregas del Pilar, en sus meritísimos artículos, intitulados «A propósito de un pleito célebre», pregunta: ¿Es posible el resarcimiento pecuniario por perjuicios de índole moral? El articulista trata la cuestión en el terreno del Derecho constituyente, pronunciándose resueltamente por la afirmativa, y añade, cuando pone punto á su trabajo, que en el Derecho legislado hay términos hábiles dentro de los cuales es posible dar forma legal á ese resarcimiento.

La cuestión es de palpitante actualidad, y juzgándola con criterio de razón, sin prejuicios ni apasionamientos, participamos bastante del sentir del Sr. Fábregas: el honor es un derecho, pues como dice Santo Tomás de Aquino «Si todo lo has de perder conserva tu fama», y por ser un derecho, si se vulnera con la difamación, con la injuria y la calumnia, demanda la Justicia que sea reparado; ¿Cómo se repara? ¿En qué forma? ¿En qué medida? He aquí un problema escabroso de muy difícil solución. Decir que á la justicia penal corresponde esa misión es muy sencillo, puesto que á ella le incumbe no solo imponer la pena personal, sino la responsabilidad de daños y perjuicios al delincuente, pues los delitos de honor no quedan exceptuados de lo dispuesto en el art. 100 de la ley de Enjuiciamiento criminal, preceptiva, en globo, de que de todo delito ó falta nacen acciones penales y civiles, acción civil que puede entablarse conjunta ó separadamente de aquélla (art. 111), añadiendo el 112 que puede ejercitarse la civil, en cuyo caso se considerará extinguida la penal, si se trata de delitos perseguibles á virtud de querrela particular.

De suerte que si, en el caso á que dió lugar el problema en estudio, se hubiese presentado la querrela, el Tribunal de derecho, apre-

ciando, en conciencia, las pruebas del daño moral, podía, á nuestro ver, condenar á la indemnización, porque, como hemos dicho, los delitos de honor, por precepto de la ley adjetiva, no están privados de la forma reparadora de la indemnización y, en su consecuencia, no puede tomarse, en absoluto, como doctrina inconcusa, la sentencia de 6 de Diciembre de 1882 de que el honor no es valuable.

Nuestro sentir, pues, no se separa de la opinión de Giorgi, cuyo escritor dice en la pág. 252, tomo V de su «Teoría de las obligaciones», lo siguiente: «En un solo caso nuestra legislación admite el resarcimiento del daño moral, independientemente de toda mira patrimonial, y es para el delito que ofenda el honor de las personas ó de la familia, pero con reparaciones que no se hacen en materia civil, estando fundadas en el art. 38 del Código penal».

La cuestión estriba, no en el orden punitivo, sino en la esfera puramente civil, cuando el ofendido, temeroso de que el ofensor se abroquele tras una inmunidad parlamentaria ó porque así le place, lejos de entablar la querrela, insta el pleito y pide una reparación al daño moral, en cantidad determinada ó indeterminada.

Colocada la cuestión en este terreno ¿puede decirse que no prosperará la demanda, so color de que la honra no es valuable? Si la ofensa trasciende al orden patrimonial del agraviado, tenemos por incuestionable que se le debe indemnizar, á base de que pruebe el perjuicio, pues no por conjeturas puede condenarse. Parecerá difícil que tal reparación quepa y hasta se considerará imposible y, sin embargo, puede ocurrir el siguiente caso: Cierta persona hace un legado á una joven, á condición de que se case con un sujeto determinado; entre éste y la legataria se entablan las relaciones y, de pronto, aparece en un periódico la noticia de que la muchacha se ha fugado con alguien que no es su prometido; éste, como es muy natural, al enterarse de la noticia, que fué falsa, riñe con su novia y se casa con otra, quedando, de esta suerte, sin efecto aquel legado por incumplimiento de la condición suspensiva. Aquí tenemos el caso de que el autor de esa injuria y, subsidiariamente, el director, empresa editorial, etc., del periódico serán responsables de los perjuicios causados á la agraviada, consistentes en el valor del legado.

Es muy duro que para que el daño moral sea indemnizable, tenga que trascender al orden patrimonial; bastaría que se causara para que cupiese la reparación pecuniaria, sin necesidad de probar el menoscabo material, puesto que el honor es un derecho; pero á esto se contesta que puede conseguirse este objeto, llevando la cuestión al

orden penal para el castigo del delito, como dice Giorgi, tanto mas cuanto que el art. 124 del Código penal en relación con el 123 faculta al Tribunal para regular el perjuicio de afección y no distingue entre delitos, como hace Viada, que solamente admite esta responsabilidad tratándose de los cometidos contra las personas y las cosas; pero si, en vez de esto, el agraviado no quiere acudir á esa vía y sí á la civil, viene obligado á probar los daños y perjuicios, que son solamente objeto de indemnización cuando recaen en el derecho patrimonial, en lo que constituye los intereses de la persona, bajo cuyo supuesto son materia del Código civil, y éste lo regula en el tratado de las obligaciones. En suma, que la Justicia penal puede, en sentir de Giorgi, del cual participamos, fijar la reparación del daño moral en sí, teniendo en cuenta las condiciones del ofendido, del ofensor, las circunstancias en que se efectuó el delito y los demás elementos de convicción moral, lo que constituye verdaderamente la afección del agraviado; lo cual no puede hacer la justicia civil, que impone esa responsabilidad en cuanto existan perjuicios materiales, por mas que su causa sea el agravio moral, pues al actor le incumbe la prueba de ellos, ante lo dispuesto en el art. 1.214 del Código, aplicable en todos los casos en que se trate del cumplimiento de obligaciones.

El Derecho romano estableció la acción INJURIARUM ESTIMATORIA EX GENERALI EDICTO, que permitía al ofendido el juramento sobre la cuantía de los daños sufridos por ofensa á su persona, á su honor ó al de su familia, ó por ataque á su libertad, aunque no hubiese sufrido daño patrimonial directo, así como la ley Cornelia dejó la reparación al arbitrio del Juez, y discuten los autores acerca de si esas acciones eran propiamente civiles ó realmente penales. Sin enfrascarnos en esta discusión, de más valor histórico que positivo, mantenida entre romanistas antiguos y modernos, bástanos sacar la consecuencia de los textos del Derecho romano de que existen dos maneras de probar el daño moral, una genérica y otra específica, constituída la primera por la demostración del hecho, y como inherente á éste, del daño sobrevenido, aún cuando no se determine fijamente su cuantía, dejándola á la declaración del ofendido, á cuya honorabilidad se apela ó al juramento del mismo, ó al arbitrio del Juez, y constituída la segunda por la demostración precisa del daño, *QUALE QUANTUM SIT*, exigida cuando se pide del juzgador que condene al demandado en una cantidad determinada á título de reparación.

Ahora bien; la prueba genérica es propia del juicio criminal, despojada hoy de esa garantía del juramento, bastando que el Tribunal, demostrada la ofensa, aprecie la indemnización, en tanto que la específica es la del juicio civil, ora fijando el actor, en la demanda, la cuantía de la reparación, ora estableciendo los supuestos de la misma, dejando la fijación de ella al periodo de ejecución de sentencia, pues, como dice Giorgi, aún probado el daño por el demandante, no ha de dudarse que el demandado puede por su parte aprestarse á demostrar que no está tenido á resarcirlo, por no ser consecuencia directa de su hecho, sin que se pierda de vista que, según la jurisprudencia que hemos citado, llevada la reparación al orden civil, al juicio declarativo, el daño se ha de probar por el actor, por constituir esto el supuesto necesario de la condena, entrando en ello la discreción del Tribunal *Á QUO*.

Cierto que el desprestigio que causa la calumnia ó la difamación coloca al ofendido en inferioridad de condiciones económicas, privándole de la estimación pública y cerrándole, quizás, un porvenir lisonjero; pero ¿acaso la ley no le da medios de lavar su agravio en el juicio criminal, apreciando el daño moral y fijando la indemnización pecuniaria por la prueba genérica de que hemos hablado?

El ilustrado Fábregas advierte que, para medir el alcance de la reparación pecuniaria, no se ha de apreciar únicamente el perjuicio causado al que sufrió la injuria, sí que también el grado de temibilidad revelado por el injuriador, porque no debe prescindirse de que al lado de la función civil que desempeña el resarcimiento, existe una función penal, tendente á procurar que la sociedad quede defendida del peligro que representa una conducta antijurídica.

Ni en el orden criminal ni en el orden civil, nos parece bastante acertada esta opinión: el grado de temibilidad del injuriador, no puede ser, dentro de la estricta justicia, motivo para aumentar la indemnización, porque el *SUUM CUIQUE TRIBUERE* solamente impone dar á cada uno lo suyo, pero no más de lo suyo; tal exceso ó demasía no puede fundarse en la justicia, que es únicamente medida del derecho, ni en la equidad, templadora de los rigores de aquélla, sino en las exigencias de lo que hoy se llama la defensa social proclamada por un sistema pseudo moderno, que da al derecho punitivo unos horizontes que no nos satisfacen, por lo mismo que sus exageraciones pugnan muchas veces con la conciencia jurídica.

### De la obligación de indemnizar

Es exigible no solo por los actos ú omisiones propios (los primeros generan la culpa, las segundas constituyen la negligencia), sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Así, el padre y, por muerte ó incapacidad de éste, la madre son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad, que viven en su compañía; los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores ó incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía; los dueños ó directores de un establecimiento ó empresa respecto de los producidos por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuviera empleados ó con ocasión de sus funciones; el Estado, cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiere sido causado por el funcionario á quien propiamente corresponda la gestión practicada; y los maestros ó directores de artes ú oficios, respecto de los perjuicios causados por sus alumnos ó aprendices, mientras permanezcan bajo su custodia. Esta responsabilidad cesa cuando dichas personas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

El art. 1.903 del Código, cuyo es lo arriba dicho, tiene por precedentes las leyes 6.<sup>a</sup>, tít. 3.<sup>o</sup>, lib. 9.<sup>o</sup> y 1.<sup>a</sup>, tít. 4.<sup>o</sup>, lib. 29 del Digesto, habiendo sido aplicado en Sents. de 18 de Mayo de 1904 y 27 de Febrero de 1907, declaratoria la primera de que el art. 1903 establece una presunción legal de la culpabilidad de las personas citadas en él, como autoras morales del daño; pero claro está que esa presunción cede á la prueba de que aquéllas emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia.

La responsabilidad civil de dichas personas no es subsidiaria como la que se impone en caso de delito, según lo dispuesto en los arts. 19, 20 y 21 del Código penal, sino directa, como lo exige la causa que la produjo. Los padres y tutores, puesto que tienen para con sus hijos y tutelados las obligaciones de cuidado que les imponen la patria potestad y la guarda, contraen esa responsabilidad. ¿Pero, en qué se funda esta, tratándose de los dueños ó directores de los establecimientos ó empresas, maestros y directores de artes y oficios respecto de los perjuicios causados por sus dependientes, alumnos ó aprendices? Este es un punto sobre el cual han girado

distintas doctrinas: unos, como Giorgi, Mosca y Sechi fundan esa responsabilidad por los daños que causan los dependientes en una presunción absoluta de culpa ya *ILIGENDO* ya *IN VIGILANDO* ó en ambos conceptos á la vez; otros no ven la responsabilidad en el descuido ó abandono en la elección ó en la negligencia en la vigilancia, y la fundan en la existencia de una responsabilidad objetiva ó sea de un daño inculpable, de cuya doctrina son partidarios Gabba, Orlando, Prazantaro, Glük, Barasi y otros, quienes ven en esa responsabilidad de los amos, directores, empresas, etc., una forma de restaurarse la justicia por imperiosa necesidad de la vida. Para Bertrand de Greuille, la base de aquélla es el aprovechamiento obtenido por el patrono del servicio que causó el daño; entiende Domat que esa responsabilidad de los maestros ó directores de artes ú oficios tiene por fundamento la representación por parte de éstos respecto de los *PREPOSEZ*. Gierke la hace descansar en una relación de autoridad ó señorío en la esfera de los intereses económicos; Aubri y Rau y Sourdat, en la dirección que deben dar los patronos á sus clientes; Veneziam dice que del daño es responsable objetivamente el patrimonio por mera relación de causalidad; Unger entiende que debe de responder del daño aquel que, con voluntad propia y con propia iniciativa del patrono, ha dado origen á aquella esfera de actividad más ó menos extensa, cuyo ejercicio ofrece determinados peligros á los terceros; Barasi la funda en el principio de interés lucrativo; Prazantano, en que la lesión del derecho ajeno debe repararse según el principio de derecho y de moral *UNICUIQUE SUM TRIBUERE NEMINIM LÆDERE*, y, por último descuella la teoría de Chironi, que descansa en la llamada de representación, que adivinaron Touiller y Borsari, aplicada por Meerci, la cual dice que al sustituirse uno por otro en el cumplimiento de un acto, refluente en el propio interés ó en el disfrute de un derecho estipulado para sí, aún cuando no intervenga propiamente la representación, resulta que se hace jurídicamente para sí lo verificado por medio de otro.

Expuestas cinematográficamente estas ideas, sacamos de su estudio la conclusión de que son, en extremo, conceptualistas; para nosotros, que vemos el fundamento de las cosas en las cosas mismas, la obligación de reparar el daño causado descansa en una presunción *JURIS TANTUM* de culpa por parte del que tiene bajo su autoridad ó dependencia al sujeto á patria potestad, al tutelado, al dependiente, á los alumnos, aprendices, etc., y tan es así que, destruída esa presunción por la prueba de que esas personas emplearon toda la dili-

gencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, dejan de ser responsables.

Esa presunción de culpa se funda en una relación de presencia real ó jurídica, si cabe la palabra, entre el causante del daño y las personas que hace responsables el art. 1.903. Así es que, para que los padres y tutores tengan tal responsabilidad es preciso que los hijos ó tutelados vivan ó habiten en su compañía, que los dependientes hayan cometido el daño en el servicio de los ramos en que estuviesen empleados ó con ocasión de sus funciones y que los alumnos ó aprendices causen los perjuicios mientras permanezcan bajo la custodia de los maestros ó directores de artes ú oficios.

El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiere satisfecho: art. 1.904, con precedentes en la ley 6.<sup>a</sup>, tít. 9.<sup>o</sup>, lib. 4.<sup>o</sup> del Digesto. Se declaró en Sent. de 23 de Diciembre de 1903 que el que paga el daño causado por sus dependientes puede exigir la restitución de lo satisfecho por error.

El poseedor de un animal ó el que se sirve de él es responsable de los perjuicios que causare aunque se le escape ó extravíe; solo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor ó de culpa del que lo hubiere sufrido: art. 1.905, que mantiene relación con los siguientes textos legales: Cuando una bestia ha ocasionado algún daño por vicio, ú otra causa que no provenga de su ferocidad natural ó de instigación, el propietario de la misma está obligado á indemnizar el daño, ó á entregarla viva al perjudicado (leyes 1.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> Dig. SI QUADRUP. PAUPER. FECIS. DICAT.) En caso de haberse causado el daño por culpa ó intención dolosa del dueño ó de otra persona, tendrán éstos la responsabilidad de daño y las demás derivadas de delito y cuasi-delito, sin poderse librar de ellas con la entrega del animal (leyes 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> § 1.<sup>o</sup> Dig. íd.) Cuando se hubiere causado el daño por excitación ó hecho de otra bestia, el dueño de la última es el que está sujeto á la responsabilidad (ley 1.<sup>a</sup> § 8.<sup>o</sup> Dig. íd.) Si riñendo dos animales, el uno matara ó dañase al otro, muriendo el agresor, nada puede reclamarse por su dueño; pero si el perjudicado fuese el animal acometido, tendrá su propietario el derecho de exigir la responsabilidad del dueño del agresor (ley 1.<sup>a</sup> § 1.<sup>o</sup> Dig. íd.)

Quando el daño es ocasionado por un animal salvaje que ha escapado de su dueño, éste no tiene ninguna responsabilidad; pero si el perjudicado mata al animal, lo hace suyo (ley 1.<sup>a</sup> § 10 Dig. íd.) Está sujeto á la responsabilidad predicha el ultimamente dueño del animal, aunque el daño hubiere sido causado en ocasión de estar en poder de

otra persona (leyes 1.<sup>a</sup> §§ 12 y 17 Dig. íd.) Cuando el animal es común á muchos, la responsabilidad es solidaria. (Ley 1.<sup>a</sup>, § 14 Dig. íd.) La indemnización del daño debe estimarse según el perjuicio ocasionado, en el caso de haberlo sufrido una cosa. Si el dañado fuese una persona, la estimación consistirá en los gastos de curación y en los jornales que hubiese perdido ó hubiere de perder por razón de la inhabilitación para trabajar que le ocasionase el daño (ley 3.<sup>a</sup> Dig. íd.)

Cesa el derecho á reclamar la responsabilidad: 1.<sup>o</sup> Cuando el animal muere antes de la contestación del pleito (ley 1.<sup>a</sup> § 13 Dig. íd.) 2.<sup>o</sup> Cuando el animal ha causado el daño por culpa del que lo ha recibido (ley 52 § 3.<sup>o</sup> VERSIC. SED SI NON. y Dig., AD LEG. AQUIL.) Por último, queda privado del derecho de libertarse de la indemnización con la entrega del animal, el dueño que, reconvenido, hubiese negado falsamente que fuese suyo (ley 1.<sup>a</sup> § 15 Dig., SI QUADR. PAUP. FEC. DIC.)

Y volviendo al Código civil, prescribe su art. 1.906, que el propietario de una heredad de caza responderá del daño causado por ésta en las fincas vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación ó cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla.

Tanto el art. 1.905 como el 1.906 tienen por fundamento la presunción JURIS TANTUM de culpa del dueño del animal ó del propietario de una heredad de caza, no la presunción JURIS ET DE JURE, como entienden algunos tratadistas antes citados, ni puede fundarse esa responsabilidad en el consentimiento presunto ni en el tácito de dichas personas á indemnizar los daños, ni menos en la equidad natural, porque ni aquéllos ni ésta pueden fundar otras obligaciones que las de los cuasi-contratos, más nunca las que son objeto del presente estudio. El Código, pues, hace responsables á dichas personas por falta de previsión, de prudencia ó de vigilancia y, especialmente, respecto del propietario de la heredad de caza, el derecho real de éste no puede ser incompatible con el que tiene el de las fincas vecinas. No hay derecho contra el derecho y es de justicia que el agravio se repare en forma de resarcimiento del daño, cuando aquel propietario no hubiere hecho lo necesario para impedir la multiplicación de la caza (negligencia) ó hubiere dificultado la acción de los dueños de los predios vecinos para perseguirla, pues esta actitud suya arguye propósito manifiesto de perjudicar: ALTERUM NON LÆDERE.

El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo ó parte de él, si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias: art. 1.907, que tiene también

por fundamento esa negligencia, por presunción *JURIS TANTUM* y no por la de *JURIS ET DE JURE*. Giorgi afirma que no se trata de culpa presunta, sino de culpa que ha de ser probada, teoría combatida por Barasi. Para Ferrini el fundamento de esa responsabilidad es que quien tiene la utilidad de una cosa debe soportar el peligro y el daño por ella ocasionado.

Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: 1.º Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de substancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado. 2.º Por los humos excesivos, que sean nocivos á las personas ó á las propiedades. 3.º Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito cuando no sea ocasionada por fuerza mayor, y 4.º Por las emanaciones de cloacas ó depósitos de materias infectantes, construídos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen: art. 1.908, que también hace descansar esa responsabilidad en la culpa ó negligencia de dichas personas, por presunción *JURIS TANTUM*; y tan cierto es esto que, según el art. 1.909, si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por efecto de construcción (única defensa que puede hacer el demandado y sobre ella debe girar la prueba para destruir aquella presunción), el dueño que lo sufra solo podrá repetir contra el arquitecto ó, en su caso, contra el constructor, dentro del tiempo legal.

¿Es que solamente se da la acción de resarcimiento del daño en los casos taxativos determinados en los arts. 1.907 y 1.908 y no en otros? Entendemos lo contrario; siempre que por acción ó por omisión, concurriendo culpa ó negligencia, se haya causado el daño, surge, por imperio de justicia, la incuestionable obligación de repararlo ó indemnizarlo, pues el art. 1.902 es normal en la materia que nos ocupa y, con tal sustantividad, que suple la omisión de casos, pues el Legislador no podía ser tan detallista que fuera á presentar todos los que en la práctica pueden ocurrir.

Lo dispuesto en el art. 1.909 hay que relacionarlo con el 1.591, siendo, además, de consignar la siguiente jurisprudencia: Corresponde á la autoridad judicial conocer de una demanda de indemnización de daños y perjuicios causados por los humos de las teleras de una mina (Sent. 25 Agosto 1894). De la demanda por daños de varios edificios por causa de la explosión de las calderas de un buque debe entender el Juez del domicilio de la compañía propietaria de dicha embarcación (Sent. 24 Noviembre 1896).

---

---

## DERECHO SUCESORIO

---

### CAPÍTULO X

#### De la sucesión mortis causa

---

Al plumar estas cuartillas recordamos la siguiente profunda sentencia de Thiers: «No se concibe la propiedad si no es completa, personal y hereditaria». Para que tenga esta última nota requiere la sucesión, palabra tomada de las latinas *SUCCIO* (acción de suceder) y *SUBCEDERE*, que equivale á continuar bajo; ella expresa un hecho mediante el cual, como dice Clemente de Diego, al morir una persona deja á otra la continuación de todos sus deberes y derechos, ó la sustitución de sujetos en la misma relación jurídica, como afirma Sohm.

Este concepto de la sucesión es amplísimo; rebasa los límites del régimen jurídico mortis causa, entrando en otros órdenes de derecho, pues hay deberes cuyo cumplimiento no puede ser objeto de transmisión, antes terminan, al igual que los derechos personalísimos, con la muerte del que los tenía. Y, por el contrario, decir que el régimen sucesorio se refiere solamente á lo patrimonial, constituyendo, como observa Chironi, una transmisión á persona determinada del patrimonio ó de una cuota del mismo, ó de una cosa especial, que se efectúa al fallecimiento de aquel al cual pertenecía, es ciertamente reducir su esfera, pues en ese título mortis causa, ó modo legal, como lo llama Manresa, cabe, no solo transferir la he-

rencia como universalidad de derechos activos y pasivos del causante, sino que pueden hacerse reconocimientos de hijos naturales, fijando el estado civil de filiación, constituir fundaciones, nombrar tutores testamentarios y rendir el testador solemnes declaraciones en descargo de su conciencia al despedirse de la vida.

Si nos fuera permitido emplear un lenguaje metafórico para revelar con una imagen viva el pensamiento, diríamos que la sucesión es el ancho molde construido por la voluntad en su doble forma de social é individual, ó sea, respectivamente, la ley y el testamento, y que la estatua vaciada en ese molde es la herencia, constituida por la universalidad de derechos activos y pasivos del causante y por la representación del mismo.

La sucesión hereditaria, tanto la universal como la sigular, *modo* de adquirir los bienes que en vida correspondieron á una persona, incluido con este impropio nombre—pues más le cuadra el de *título* en su aspecto espiritual—en el art. 609 del Código, ha constituido, á través de la historia, un gran progreso jurídico. Moisés proscribió la sucesión testamentaria, no porque tuviera de la propiedad un concepto socialista, sino con el fin de que continuase en la familia, grupo natural de primer grado; consecuente con su propósito, avenido con aquel medio social, hubo de establecer la troncalidad, cuyos girones aún perduran en territorios españoles. El carácter familiar de la propiedad, opuesto á los fueros de la sucesión testada, vémoslo trazado en las legislaciones de la India y de Esparta por obra de sus legisladores Manú y Licurgo; pero en Grecia, cuyas leyes se saturaban con los efluvios de la libertad, palanca de aquella civilización, en cuyo seno se desposaron la Ciencia y el Arte, se admitieron el testamento y el codicilo, la institución de heredero y los legados; de forma que todo esto no fué invención feliz de los jurisconsultos romanos, al profundo decir del eminente Alonso Martínez.

Fincando el Derecho sucesorio, especialmente, en el régimen patrimonial y nunca en relaciones ético-jurídicas que fenecen con el individuo, según sea el sistema legal de la propiedad así será el de aquél; si ésta es comunista ó socialista, ningún respeto ni efectividad habrán de tener los fueros de la voluntad del testador; si familiar, el título sucesorio será la ley protectora de ese grupo natural, y si individualista, el testamento deberá ser en primer término el título del derecho hereditario suplido ó corregido por la norma legal.

Leibnitz funda el derecho de sucesión en la inmortalidad del alma; su fundamento estriba en la naturaleza humana y en el mismo

interés social, porque, de no consagrarlo la ley, retrocederíamos á la edad de la selva teniendo ante nuestra vista al HOMO LUPUS de Hobbes.

Clasifícase la sucesión en testada, intestada y mixta. La primera, que puede ser libre ó limitada, constituyendo en este último caso las legítimas, se defiende conforme á la voluntad del causante; no fué conocida por los germanos en sus primeros tiempos, como dice Tácito, porque la propiedad tenía en ellos el carácter de familiar, al igual que en el pueblo hebreo. La segunda, defectiva ó supletoria de la anterior, es producto, no de la voluntad expresa del hombre, sí que de la ley, que interpreta el presunto deseo de aquél, y está, además, sustentada en principios que en su lugar indicaremos. La tercera participa de ambas, cuando en el testamento no hay institución de herederos ó, habiéndola, el sucedáneo premuere al testador, es indigno de heredar, ó no acepta la herencia y falta sustituto.

Cuatro sistemas sucesorios podemos presentar: el romano, el germánico, el francés y el italiano.

Según el primero, la herencia constituía una universalidad, una idealidad jurídica según Vittore Vitali, ó una verdadera cosa de las llamadas en derecho incorpóreas, que comprende, como dice el Sr. Sánchez Román, el conjunto de relaciones jurídico-patrimoniales, de naturaleza transmisible, de la cual es término subjetivo el causante de la sucesión. Consecuencia de ese sistema,—que gira alrededor de estos tres ejes: la universalidad, la unidad y la indivisibilidad de la herencia,—aquella legislación clasificó los herederos en necesarios, suyos y necesarios y voluntarios; constituídos: los primeros, por los esclavos; los segundos, por los hijos ó descendientes, y los terceros, por los que les era facultado adir ó no adir la herencia, ya que no se hallaban en la condición de los anteriores.

Secuela también de esos tres principios era la incompatibilidad entre la sucesión testada y la legítima, descollando en esto la máxima NEMO PRO PARTE TESTATUS PRO PARTE INTESTATUS DESCEDERE POTEST cuyo origen histórico lo encuentra Ihering en el testamento IN COMITIS CALATIS, no aplicable aquélla en el testamento militar; que el heredero, una vez adida la herencia, no podía dejar de serlo, SEMEL HÆRES SEMPER HÆRES, y que la institución de heredero era CAPUT ET FUNDAMENTUM TOTIUS TESTAMENTI, hasta el punto que si la institución no prevalecía, dejaba el testamento de surtir efecto, bien que, con el tiempo, fué suavizándose el rigor

de estos principios, pero continuó subsistente la necesidad de la institución, como eje principal de ese sistema, tanto más cuanto que con la herencia se transmitía al heredero la representación del causante; y como se tuviera en poca estima la memoria de aquellos que no dejaban herederos, para evitarlo, y con-ello la BONORUM VENDITI, mediante la cual el Juez vendía los bienes del causante para pagar á los acreedores, aquella Legislación, previsoramente, estableció los herederos necesarios y los suyos y necesarios á fin de que el difunto tuviese quien cumpliera sus obligaciones.

Aceptada la herencia, se transfería al heredero la propiedad de los bienes relictos, sin retrotraer sus efectos al día de la muerte del causante; pero no adquiría la posesión mientras no ocupase materialmente los bienes imprimiéndoles el sello de su personalidad; la representación del CUIUS surgía con la adición de la herencia, y claro que entre este fenómeno jurídico y el fallecimiento del causante se abría un paréntesis dentro del cual, si eran detentados los bienes por un tercero, como quiera que el heredero no tenía la representación, carecía de derecho para despojarle; ni siquiera podía entablar contra él las acciones posesorias, porque, no habiendo aceptado la herencia, no estaba en posesión de aquéllos; pero sí podía ejercitar, después de la aceptación, las acciones persecutorias para reclamarlos. De suerte que este sistema vió en la aceptación el modo de adquirir el derecho hereditario, lo cual era consecuencia obligada del concepto individualista y no familiar que el Pueblo-Rey tuvo de la propiedad.

Frente á ese sistema apareció el germánico con la máxima, comentada por el Sr. Azcárate *le mort saisif le vif*. Como quiera que la propiedad fué familiar en ese pueblo, al igual que en la India, Esparta y entre los hebreos, el derecho hereditario tomó un carácter verdaderamente real, no exigente del modo formalista de los romanos, sino del modo en su concepto espiritual, en el de preexistencia de un derecho de los herederos sobre el patrimonio del difunto, fundado esto en la copropiedad de la familia, última fase de la propiedad colectiva. Lógico era que los germanos diesen preferencia á la sucesión legítima sobre la testamentaria, á diferencia de los romanos que dieron preferencia á la testamentaria sobre la legítima; y puesto que el derecho hereditario era de naturaleza real, se transmitía desde luego al heredero aunque estuviese la herencia en estado yacente.

El tercer sistema ó sea el francés, es ecléctico; se balancea entre

el romano y el germánico. Según él, la propiedad y la posesión de los bienes se transmiten, de pleno derecho, del causante al heredero por el solo hecho de la muerte del primero de éstos (régimen germánico); pero el heredero no puede serlo contra su voluntad, ya que la representación del *CUIUS* es voluntaria (régimen romano), y de aquí la necesidad de aceptar ó de repudiar la herencia. Renunciada, el heredero se desprende, en realidad, de su derecho y se entiende que no ha sido nunca tal sucedáneo (régimen romano) y si la acepta, nada adquiere por la aceptación, porque el derecho hereditario, con su carácter de real, ya lo tenía por voluntad del causante ó por disposición de la ley; de manera que dicha adición no tiene en el sistema francés los fueros y el relieve que le dieron los romanos, como última perfección del derecho hereditario, antes constituye la confirmación de la transmisión de ese derecho.

El cuarto y último sistema es el italiano, que se separa del romano y del francés. Según él, la propiedad y la posesión de los bienes hereditarios no pasan al heredero por el hecho de la muerte del causante, sino por virtud de la aceptación; ésta no confirma una transmisión ya realizada por la ley ó por la voluntad del testador, antes determina la realidad de la transmisión y de la adquisición; pero aceptada la herencia, sus efectos se retrotraen al día de la muerte del causante ó al de la apertura de la sucesión, pudiendo el heredero entablar contra tercero las acciones posesorias de los bienes relictos, cosa que el Derecho romano no permitió.

En orden á qué ley debe regir la sucesión *mortis causa*, diremos que Albérico de Rosciata y Puffendorf opinaron que debía aplicarse la ley personal del difunto. Frente á esta doctrina surgió la llamada *LEX REI SITÆ* ó sea la del lugar donde radican los bienes, sistema propio del feudalismo, proclamador del principio de la territorialidad en la colisión de leyes de distintos países. La primera, ó sea la de la ley personal del difunto, ha prevalecido en el terreno científico y en el legislativo, presentando una doble dirección; constituída: la primera por Savigny y sus partidarios, quienes dicen que debe entenderse por ley personal la del domicilio del difunto, y la otra, defendida por Manzini, Fiore y demás tratadistas de la escuela italiana, para quienes la ley reguladora de la herencia debe ser la nacional del causante, y así lo consagran los Códigos de Italia, Zurich, Suiza, alemán de 1900 en su introducción y la ley del Congo, en tanto que adoptan la ley del domicilio el Código argentino y el chileno. Austria y Hungría, Bosnia, Rusia, Holanda, Bélgica y

Francia, así como la práctica anglo-americana, establecen un sistema mixto, en el sentido de que la sucesión de bienes muebles se rige por la ley del último domicilio del causante y la de los inmuebles por la *LEX REI SITÆ*. El sistema de la ley nacional es el más científico y justo, porque responde al principio de unidad de herencia y no deja la suerte de los derechos hereditarios á leyes de distintos países, que pueden ser opuestas.

### La sucesión ante la Legislación foral

Todas las legislaciones civiles españolas admiten la sucesión *mortis causa*, cuyo fundamento se halla en la facultad de disponer, una de las que integran el dominio; sin ella, como dice Corbella, el dueño solo sería un mero usufructuario, cegándose, de tal suerte, una fuente inagotable de relaciones que constituyen la prosperidad pública y la privada, concepto este que ya expuso Savigny, cuando dijo que la sucesión completa y termina el organismo del Derecho, extendiéndolo más allá de la vida de los individuos.

Esta rama del Derecho es, como hace notar Durán y Bas, la que más diferencias presenta en las diversas legislaciones porque se rigen, respectivamente, las provincias españolas; diferencias que bocetamos en el proemio de esta obra y que habremos de señalar en el presente capítulo, siquiera ligeramente, para que sirvan de norte en el estudio de los siguientes.

Cataluña tiene por estado jurídico sucesorio la legislación justiniana, no en toda su integridad, pero sí en su mayor parte; allí se defiere la herencia, ora por disposición de la ley, ora por voluntad del hombre, sirviendo la sucesión necesaria, mejor diríamos, legítima, de enlace de los intereses de familia con los intereses públicos; la voluntaria, de expresión á los derechos del individuo, y la abintestato, de interpretación á los intereses del causante. La voluntaria es preferente á la sucesión intestada, como en Roma, y la necesaria á la voluntaria, pues existe allí el régimen de legítimas.

Rige en el Principado catalán el principio del Derecho romano, de que nadie puede morir parte testado y parte intestado; pero esto no es en todo el país, tiene sus excepciones en Barcelona (Constitución de Pedro III de 19 de Octubre de 1339) y poblaciones que de

sus privilegios disfrutaban, donde no queda destituido el testamento por falta de herederos; en Lérida, según sus costumbres (colección del año 1228) y en Tortosa cuyo Código registra la rúb. 4.<sup>a</sup>, tít. 6.<sup>o</sup>, cap. 2.<sup>o</sup>, donde se dice que «testamento sin institución de heredero valga y sea firme sin contradicción ni embargamiento de nadie».

Esa incompatibilidad entre la sucesión testada y la legítima existe en el Principado catalán, menos en las localidades referidas, como también impera en Navarra, puesto que allí rige el Derecho romano como supletorio en primer grado.

Abolida la esclavitud, no hay que hablar de herederos necesarios; la única clasificación de aquéllos es en voluntarios y legitimarios. En España no existe la *absoluta* libertad de testar.

Cataluña se distingue entre todas las regiones de España en dos instituciones, á saber: los heredamientos y el heredero de confianza. Respecto de los primeros, que hubimos de tratar en el tomo I de esta obra, instituido el heredero en capitulaciones matrimoniales, si aquéllos no son preventivos, no pueden revocarse, á menos que los contrayentes se hubiesen reservado la facultad de hacerlo; de donde resulta que, en vida de los padres, el *hereu* tiene un derecho adquirido, bien es verdad que no es por concepto de sucesión, sino por el de donación, pues de ambas naturalezas participa el heredamiento.

Y tocante á la otra institución, llamada de heredero de confianza, el marido puede conceder á su mujer esta facultad de designar, entre sus hijos comunes, al heredero, determinando lo que por legítima corresponda á los otros; pero hecha la elección en documento público, produce sus efectos y no puede ser revocada.

En orden á la perfección del derecho hereditario, tenemos que en Cataluña y en Navarra exigese la aceptación de herencia, que puede hacerse puramente ó á beneficio de inventario, como prescribe el Derecho romano, y exige el Código civil, que no ha roto, en esto, con la Legislación tradicional de Castilla; en cambio, en Aragón, no es necesaria aquélla, ni, por consiguiente, se exige el uso de tal beneficio, pues allí se proclama el principio de que la herencia no es lesiva para el heredero, á quien no puede reclamarse más de lo que haya adquirido por la sucesión.

Mientras en Cataluña, en Navarra y en todas las regiones regidas por el Código, el heredero no se considera posesionado de los bienes relictos desde la muerte del causante de la sucesión, en Ara-

gón es lo contrario; ese heredero se considera posesionado, de derecho, desde el fallecimiento del testador, sin que haya lugar ni al beneficio de inventario ni al de deliberar, pues si bien una parte interesada puede pedir que aquél diga si es tal heredero, en cuyo caso se le fija un término para que manifieste si repudia la herencia, es para que los que tengan un interés legítimo puedan ejercitar las acciones que les asistan, cosa no opuesta á los principios que rigen en el Fuero, y encaminada á evitar que esos acreedores resulten chasqueados, ante la facilidad que el heredero tendría de repudiar la herencia en todo tiempo; y de aquí que se le fije un plazo dentro del cual manifieste si repudia ó no, evitándose con ello dilaciones y perjuicios á los reclamantes.

Como se ve, el régimen sucesorio en España obedece á distintos sistemas, unos exóticos, otros indígenas y algunos mixtos; son producto de distintas civilizaciones que han dejado sus huellas, de diferentes circunstancias y del medio social en que usos, costumbres y leyes han venido á formar lo que llamaríamos la contextura moral de los territorios, teniendo éstos, como dice Durán y Bas, una individualidad jurídica que los distingue; y para que nada falte en este régimen que, al estudiarlo en toda su complejidad, el juicio se extravía en un laberinto de confusiones de difícil salida, regístrase en Navarra y en el Valle de Arán la troncalidad, resabio de la propiedad familiar, que pone de relieve un derecho real en los bienes que la constituyen, y se da la mano con el sistema germánico, si es que de éste no toma origen inmediato, pues el remoto ya hemos dicho que lo tuvo en la India, en Esparta y en el pueblo hebreo.

### La sucesión ante el Código civil

Los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte: art. 657. Mientras uno vive, las personas que tengan derecho á heredarle, no tienen derecho alguno, pues puede cambiar de voluntad ó no ser las mismas las disposiciones de la ley respecto á los llamamientos, ó ser distintas las condiciones del favorecido, por quedar desprovisto de todo derecho por causa de indignidad ó de desheredación.

Aún en los antiguos pactos sucesorios de Roma, el donante no tenía secuestrada su voluntad; para ser válidos había de reservarse

expresamente su facultad para testar (Inst. princ. DE TEST. ORD.) De suerte que el principio clásico es que por la muerte del individuo se transmiten sus derechos sucesorios y así también lo disponen las leyes 54, tít. 2.º, lib. 29, y 138 y 193, tít. 12, lib. 50 del Digesto. Ese art. 657 fija el hecho y momento de la sucesión, por lo que respecta al testador, en tanto que el 661 se refiere al heredero, y ambos se completan con el 989.

El contenido de la sucesión es la herencia, que comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extinguen con su muerte. Mientras no se acepta, recibe el nombre de yacente.

El derecho hereditario nace en el momento en que se abre la sucesión, pues desde entonces se defiere; pero queda perfecto cuando se acepta la herencia; César Losana distingue entre el momento en que se abre la sucesión, el en que se defiere y el en que se adquiere. Se abre y se defiere, ordinariamente, en el mismo momento: á la muerte del causante; pero si el heredero no ha nacido todavía, si es persona natural, ó no se ha constituido con arreglo á derecho, si es social ó moral, ó si existiendo, realmente, la institución queda afectada por condición suspensiva, hay que distinguir entre los momentos de sucesión que se abre y sucesión que se defiere: ocurre lo primero á la muerte del causante, y lo segundo al nacer la persona en condiciones viables ó cuando se cumple la condición.

El tercer momento es el de la aceptación, acto voluntario del sucedáneo, con el cual demuestra la conformidad de ser heredero testamentario ó por ministerio de la ley.

¿Qué carácter tiene el derecho hereditario? Morató dice que es real, por cuya virtud una persona sucede á otra en la universalidad de los derechos activos y pasivos transmisibles. Sánchez Román también lo considera así, por cuanto recae sobre cosas determinadas, no importando que éstas formen una universalidad ó una idealidad jurídica, como dice Vittore Vitali, y además, porque produce una acción eficaz de ese nombre contra tercero.

Otros escritores consideran el derecho hereditario como un título traslativo ó derivativo, universal, toda vez que por él se transfieren toda clase de derechos y de gravámenes, deudas y obligaciones. No faltan quienes, sin negarle esa naturaleza real, entienden que significa solamente una manifestación especial de los derechos de dominio ó de posesión.

En el derecho sucesorio entran relaciones patrimoniales, en sus

dos clases de propiedad y de contratación, y como lo mismo se refiere á unas que á otras, según sean aquéllas así deberá ser, en concreto, la naturaleza de ese derecho; de suerte que si el objeto de esas relaciones son las cosas que tenía el causante, el derecho hereditario será real; pero si se refieren puramente al orden contractual, á las facultades y obligaciones del difunto que éste tenía para exigir, ó venía obligado á verificar, no puede, en tal caso, considerársele como derecho real, pues la sucesión carece de virtud para cambiar la naturaleza peculiar de las relaciones y de lo que son su resultado, los derechos.

Claro está que, considerando la herencia como una universalidad y sin determinar lo que en concreto ó en cada caso sea contenido de la misma, hay que convenir en que tiene carácter real el derecho hereditario, con sus dos elementos de título y de modo, constituidos: el primero, por la voluntad del testador ó por la ley (aspecto espiritual del título) ó por el documento que justifique ese derecho (aspecto formal del título) y el segundo ó sea el modo, por la preexistencia del derecho (aspecto espiritual del modo) y por la aceptación de la herencia, que es el hecho jurídico mediante el cual queda perfecto el nexo entre dos voluntades, la del causante y la de su heredero. Habiendo, pues, en el derecho hereditario, cosa (universalidad), título, modo y acción real contra tercero, se impone lógicamente calificarlo de real, en términos generales y de pura doctrina.

### Clases y situaciones de la herencia

El factor tiempo entra en toda relación jurídica, afectando al nacimiento, subsistencia, efectividad y extinción de los derechos, y como en la relación sucesoria patrimonial la herencia es el objeto de aquélla, claro está que no puede descartarse ese factor, á base del cual la herencia es de dos clases: herencia futura y herencia causada ó de presente. La primera está fuera del comercio de los hombres, y como el que se considera sucedáneo no tiene ningún derecho en ella, por vivir la persona propietaria de los bienes, es claro que no puede hacer ningún acto de enajenación, ni de renuncia; se renuncia lo que se tiene y no lo que no se tiene; de aquí que el artículo 1.271 del Código (que dejamos comentado en este tomo) de acuerdo con la legislación foral y con precedentes en la ley 23, tít. 11 de

la Part. V, prescriba que sobre la herencia futura no pueden celebrarse otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal.

Dicha ley alfonsina expone, como fundamento de esa prohibición, no el estrictamente jurídico que acabamos de sentar, sino uno puramente ético, cual es «que no hayan razón de trabajar de muerte de aquéllos, cuyos son los bienes, por cobdicia de los haber»; ley esa que tuvieron en cuenta los autores de la anterior ley Hipotecaria al escribir el núm. 5.º del art. 108.

La herencia presente ó causada ofrece estas cinco situaciones: yacente, aceptada, vacante, en administración y dividida.

Entiéndese por herencia yacente aquella que, habiéndose causada por muerte de la persona de quien procede, no ha sido todavía aceptada por los herederos, ó que no existen éstos, ó que, existiendo, no han sido conocidos. En esa situación subsiste la personalidad jurídica del difunto y se halla representado, ya por el albacea á quien hubiere conferido esta facultad, ya por el administrador que, al efecto se nombra judicialmente ó á instancia de cualquier interesado en la misma. Los jurisconsultos romanos atribuyeron á la herencia yacente una limitada capacidad patrimonial, pugnando esto con el principio *NULLUS IN BONIS EST*.

Antes de publicarse el Código, la herencia yacente tenía el concepto de persona moral, y puesto que continuaba la personalidad del causante, era lógico que, sin previa inscripción á favor del heredero, pudieran inscribirse á nombre del acreedor y como hechas por el mismo finado las enajenaciones mientras aquélla no fuese adida; pero este criterio, apoyado por la jurisprudencia y doctrina del Centro directivo, tenía, en el orden hipotecario, una prohibición impuesta por el tracto sucesivo en que se halla informado el art. 20 de la ley Hipotecaria, y de aquí la necesidad de la previa inscripción de los bienes á favor de los albaceas si eran universales, ó de los herederos, para que pudiesen inscribirse los títulos de enajenación. Constituyó esto una gran dificultad, pues no pudiéndose determinar quienes eran los herederos, y aún siendo conocidos, faltando medios legales al acreedor para obligarle á aceptar la herencia en la sucesión testada ó á solicitar la declaración de herederos en la intestada, requisitos indispensables para la inscripción del derecho hereditario, pues, por ser real, es inscribible y anotable preventivamente, los acreedores se encontraban sin poder hacer efectivos sus derechos. Al decir esto no se nos oculta lo prescrito en el art. 1.105 del Código

civil, escrito para ocurrir á esos inconvenientes y que raras veces se aplica, porque el derecho del tercer interesado lo ha de ejercitar en juicio, y esto trae consigo dilaciones y gastos, mayormente si se tiene que constituir la tutela de los demandados para que haya quien los represente en el litigio.

Ya en Res. de 2 de Diciembre de 1892 se declaró inscribible una venta de inmuebles á nombre del finado; muchos años antes, por otra de 15 de Diciembre de 1887, se declaró que si en diligencias ejecutivas vendía el Juez bienes de la herencia yacente en representación de la misma, era inscribible la enajenación porque, en dicho caso, debía entenderse hecha la venta por el mismo finado, no obstante cuya doctrina, reproducida por la de 29 de Abril de 1890 y apoyada por las Sents. de 12 de Febrero y 9 de Junio de 1885 y 29 de Abril de 1889, el Centro directivo, dando interpretación estricta al art. 20 de la ley Hipotecaria, exigía la previa inscripción de los bienes á favor de los albaceas universales ó de los herederos para que pudiesen inscribirse las enajenaciones de los mismos, con lo cual la personalidad de la herencia vacante resultaba ser en la práctica un mito. Aquella resolución de 2 de Diciembre de 1892, dentro del nuevo régimen jurídico creado por el Código civil, constituyó no solo la consagración de la copiosa doctrina anterior á que nos hemos referido, sino que abrió nuevos horizontes, que hubo de ensanchar la Real orden de 22 de Julio de 1896, donde se sienta la doctrina de que los herederos, ó el Juez en su representación, cuando venden ó adjudican bienes especialmente hipotecados á favor del comprador ó del acreedor hipotecario, que en el caso del recurso era el Banco hipotecario, no obran como dueños de la finca, sino como sucesores del deudor en sus obligaciones, para que éstas queden cumplidas; y aún omitida la mera ritualidad de la previa inscripción, no puede decirse que haya verdadera transgresión de ese precepto legal, puesto que el dominio pasa directamente del deudor al comprador ó adjudicatario.

Repárese en que esa Real orden, dada no solamente para el caso que la motivó, sino para sentar un criterio, mediante el que pudiera armonizarse el art. 20 con el 105 y 133 de la ley Hipotecaria, borrando entre ellos su aparente antinomia, recayó en ese sentido porque el recurrente era acreedor hipotecario y tenía constituido un derecho real sobre los bienes inmuebles, que directa é inmediatamente estaban afectos á la obligación contraída, no porque se reconociera á la herencia yacente su entera personalidad jurídica. Esto

último lo ha venido á establecer la novísima ley Hipotecaria en las excepciones del art. 20. Con efecto; no se requiere la previa inscripción á favor de los albaceas para inscribir los documentos de enajenación ó gravamen que éstos otorguen por sí solos si para ello estuviesen expresamente facultados por el testador, ó si, caso de haberlos, consta el consentimiento de éstos para la enajenación ó gravamen, si el inmueble ó derecho real se halla inscrito á nombre del causante; tampoco se requiere esa previa inscripción tratándose de testimonios de autos de adjudicación ó escritura de venta verificada en nombre de los herederos del ejecutado, en virtud de ejecución de sentencia, con tal de que el inmueble ó derecho real se halle inscrito á favor también de causante.

Como se ve, la novísima ley Hipotecaria ensancha la personalidad de la herencia yacente, bien que no todo lo que debiera, porque, interpretando literalmente la excepción comprendida en el número 3.º del art. 20, para que pueda inscribirse la venta de bienes hereditarios, es preciso que se haga *en nombre de los herederos* del ejecutado, no por éstos, tenga ó no fuerza ejecutiva el título que dió lugar al juicio sea ó no hipotecario; lo que importa es que haya ejecución de sentencia. Pero para que ésta recaiga, exigese un juicio. ¿Cuál es éste? Lo mismo puede ser singular que universal en sus dos clases de testamentaria y ab intestato; pero para que el acreedor pueda intentarlo es preciso que presente un título inscrito que justifique *cumplidamente su derecho* y no lo tenga asegurado con hipoteca ú otra garantía (núm. 3.º del art. 973, 1.038 y 1.040 de la ley de Enjuiciamiento civil). No exige ésta que el título sea ejecutivo, sino que justifique cumplidamente el crédito, de cuyo carácter carece el documento privado no reconocido, máxime si es redargüido civilmente de falso por la heredera (Sent. de 20 de Abril de 1891).

De manera que esos acreedores, cuyo crédito no tenga esa justificación cumplida, no pueden promover dichos juicios universales; si ignoran quienes son los herederos, no les es posible utilizar el derecho que les concede el art. 1.095, para que acepten ó repudien la herencia, pues esto en tanto cabe, en cuanto se sabe, quiénes son aquellos y con los cuales se ha de contender, empezando, como medida de prudencia, por la diligencia preparatoria de que trata el número 1.º del art. 497 de la ley procesal. Luego no tienen más remedio que acudir á lo prescrito en el art. 1.026 del Código civil, dirigiendo su acción contra el administrador de la herencia, que puede

serlo el mismo heredero, ó cualquiera otra persona, quienes tienen la representación de la misma para ejercitar las acciones que le competen y contestar á las demandas que se interpongan contra ella.

Este artículo del Código reconoce la personalidad jurídica de la herencia en sus dos formas de yacente y aceptada, y aún dividida; al estar yacente, esa representación puede tenerla la persona que designe el Juez, el antiguo curador, bien que de éste no habla el Código en concreto, pero la ley de Enjuiciamiento civil prevé el caso en el juicio de abintestato (art. 1.008), preceptivo de que el administrador, hasta que se haga la declaración de herederos por sentencia firme, tendrá la representación de aquél, representación que no tiene el administrador de la testamentaria, pues su misión queda reducida á actos puramente administrativos, custodia y conservación del caudal, haciendo las gestiones para ello conducentes y ejercitando las acciones que procedan, dentro del radio propio de la administración (art. 1.098).

De manera, pues, que en el abintestato, recaída la sentencia firme de declaración de herederos, así como en la testamentaria, el administrador no lleva la representación de la herencia para contestar á las demandas; esto es propio de los herederos; los pleitos singulares contra la herencia se acumulan al juicio universal; y se explica, porque sabiéndose quiénes son los herederos, puesto que la herencia se transmite, por el hecho de la muerte del causante, á sus sucesores, según prescribe el art. 661 del Código, aquéllos deben representarle en ese estado de administración, deduciendo las acciones y contestando á las demandas.

Si el crédito es hipotecario, el acreedor no puede promover los juicios universales; si sabe quién es el heredero, con él se debe entender, acreditada la cualidad de éste, y si se halla ausente, debe hacerse el requerimiento como prescribe el art. 104 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria. Ese juicio no es acumulable.

Si el crédito no es hipotecario ó no teniendo el título la condición exigida para promover el juicio universal, ó si, teniéndola, el acreedor no quiere instarlo, por serle esto facultativo, debe dirigir la demanda contra la administración de la herencia, y cuando se ejecute la sentencia, si el Juez, en nombre de los herederos, otorga la venta ó adjudica los bienes al deudor, la escritura ó el mandamiento son inscribibles sin la previa inscripción á favor de aquéllos, caso

de que los bienes aparezcan inscritos en el Registro á nombre del causante.

La tercera situación de la herencia es cuando ésta ha sido renunciada por la persona que á ella tuviese derecho, hasta el momento de su aceptación por otro heredero. Esa renuncia debe hacerse en instrumento público ó auténtico ó por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaria ó del abintestato, renuncia que no puede hacerse parcialmente, ni á plazo, ni con condición, y no pueden verificarla los herederos que hayan sustraído ó ocultado algunos efectos de la herencia, antes quedan con el carácter de herederos puros y simples, sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir (arts. 1.008, 990 y 1.002 del Código.) Y tal eficacia tiene la repudiación que, una vez verificada, no es revocable y solo puede ser impugnada, al igual que la aceptación, cuando adolezca de alguno de los vicios que anulan el consentimiento ó aparezca algún testamento desconocido. Desarrollaremos estos puntos en su lugar respectivo.

Al hablar de la herencia yacente nos hemos ocupado de la herencia adida, y tanto en este estado, como después de dividida, cuando cada heredero ha adquirido su porción, ya física, ya intelectual en pro indiviso, los acreedores, no pierden por eso sus derechos contra aquélla, según lo dispuesto en el art. 1.026, que hemos citado, pues no hay herencia mientras no estén pagadas las deudas: *BONA NON INTELLIGUNTUR NISI DEDUCTO ONUS ALIENA*, principio este confirmado por Sent. de 2 de Marzo de 1896; es más, esos acreedores, reconocidos como tales, pueden oponerse á que se lleve á efecto la partición de la herencia hasta que se les pague ó afiance el importe de sus créditos, según prescribe el art. 1.082 que, por cierto, demanda un procedimiento judicial breve y expedito.

### Manera de deferirse la sucesión

Esta se defiere (art. 658): 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. También podrá deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley.

Hasta el siglo XV, la legislación llamada castellana, imbuida en

el principio romano de que nadie podría morir parte testado y parte intestado, no reconocía otras clases de sucesión que la testamentaria y la legítima, ambas fundadas en la voluntad, expresa la primera, con su título el testamento, y presunta la segunda, supletoria de aquella por órgano de la ley, que al establecerla atiende, además, á otras razones. Ese axioma era demasiado duro; había que romper con él por anticientífico, porque cabe hacer compatible, en un margen de justicia y para que la voluntad del testador no quede incumplida, la voluntad expresa y la voluntad presunta, esto es, la sucesión testamentaria y la legítima; lo que vino á proclamar el título XIX del Ordenamiento de Alcalá, siglos después que los reyes de Aragón lo habían concedido á Barcelona y demás poblaciones á que se extendió la constitución de Pedro III, y aparecía dispuesto en las Costumbres de Tortosa y Lérida, como hemos dicho al hablar del derecho sucesorio ante la Legislación foral.

#### Del heredero y del legatario

La palabra heredero tiene su raíz en la latina *HAERES*, derivada de *HÆRUS*, ó sea jefe de familia, porque en los primeros tiempos de Roma solo el *pater familias* podía otorgar testamento y nombrar sucesor que continuase su personalidad jurídica.

Puesto que la herencia era *SUCCESIO IN UNIVERSUM JUS QUOD DEFUNCTUS HABVIT*, el heredero ó sucedáneo del causante adquiría esa universalidad del patrimonio y la representación de aquél; de modo que era su continuador y tenía que cumplir los contratos de su causante; *QUI PASITUR, SUO HEREDE PASITUR*.

Otros escritores ven el origen de la palabra heredero en el verbo *HÆRERE*, que significa estar junto ó pegado á otro, porque la personalidad del causante y la del sucedáneo estaban unidas, de tal suerte que el segundo era el continuador del primero.

La palabra legatario se deriva de la latina *LEGARE*, y á este propósito dice Bonel que aún cuando bajo el origen de *LEX* tenía un sentido más extenso en el Derecho antiguo ó romano, hasta hacerlo sinónimo de testar, como se deduce del principio de las XII Tablas, *UTERQUIQUE PATERFAMILIAS LEGARSIT SUE REI ITA JUS ESTO*, vino después á reducirse tal locución y muy principalmente la del *LEGATUM*, á las disposiciones hechas por el testador á título particular.

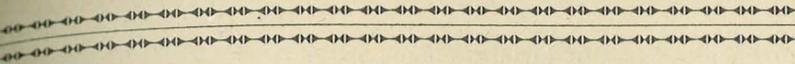
La diferencia entre el heredero y el legatario estriba en que el primero es el sucesor de todos ó de una parte, cuota ó remanente de los bienes objeto de la herencia, subrogándose el sucedáneo en todo lo que le corresponde al causante como sujeto de aquel patrimonio, en tanto que el legatario, por ser un sucesor á título singular, queda reducido en su derecho á determinados bienes según lo dispuesto en el testamento, ó á una porción intelectual de la herencia, sin que tenga la representación del CUIUS, que solo corresponde á su heredero por ser su continuador. Como quiera que este concepto diferencial es un tanto abstruso, Cimbali señala una regla infalible para determinar en concreto si una persona es heredera ó legataria, y al efecto dice que debe atenderse al modo como es llamada á recoger y gozar los bienes relictos, según que tenga aquella representación, sin ser preciso que sea total en un individuo, porque puede haber varios con el mismo carácter; en suma, que si el modo como se adquiere es á título universal, el colocado en este caso tiene la cualidad de heredero, y si á título singular, la de legatario, que es precisamente lo dispuesto en el art. 660 del Código.

Cuando el testador deja una cuota de sus bienes sin decir en qué concepto ¿Debe entenderse que la sucesión se causa á título universal ó á título singular? En el Derecho romano era conocido el legado parciario, esto es, el de cuota alícuota, afecto á la consiguiente deducción para pago de deudas. La Sent. 11 de Febrero de 1903 declara que el legado del tercio es de parte alícuota y que no constituye título universal para la sucesión.

Como observa Manresa, la palabra título universal no significa que abarque la totalidad ó suma de bienes sucesorios, ni aún siquiera el remanente de éstos ó sea la herencia en el sentido limitado que tiene en las Partidas, sino que el derecho transmitido al instituido se contraiga á la universalidad constituyente del caudal hereditario, y no á lo individual y concreto ó sea á determinados bienes considerados en particular y con abstracción de aquélla. Dicho comentarista añade que los herederos representan siempre y en toda ocasión la personalidad jurídica del difunto de quien adquieren sus derechos y obligaciones, mientras que á los legatarios no pasa dicha representación en ningún caso, cualquiera que sea la cuantía de su legado; que los herederos lo son siempre de cantidad indeterminada ó cuyo importe no pueda conocerse *A PRIORI*, sin previa liquidación de la herencia, pudiendo resultar mayor ó menor según los legados y responsabilidades del causante á que tuviese que atender; de

suerte que suceden en el remanente de todos los bienes relictos, en tanto que el legatario lo es de cosa ó cantidad determinada y fija y necesitase un previo ordenamiento de la voluntad del causante para el nacimiento de su derecho, ordenamiento no exigido respecto del heredero, pues lo mismo puede existir en la sucesión testada que en la intestada.

---



## CAPÍTULO XI

### De la sucesión voluntaria

#### Testamentos

Vamos á ocuparnos de la sucesión voluntaria expresa y de las formas que puede revestir; no estará de más consignar que la sucesión legítima es la primera que apareció en los pueblos antiguos, especialmente en Roma, como dice Summer Maine.

La sucesión voluntaria en forma ordenada, el testamento, el codicilo, las memorias testamentarias, ó en forma convencional, los contratos y los pactos sucesorios de que nos habla la Instituta, que solo producían efecto cuando se reservaba la facultad para testar, constituyeron un gran progreso, por cuanto consagraron el *JUS DISPONENDI*. Si no pudiese el hombre transmitir sus bienes para después de su muerte, sería de ellos un usufructuario; se castraría en él espíritu de todo propietario el noble y legítimo afán por aumentar su patrimonio, mejorar su fortuna entre penalidades, sacrificios y ahorros, y tener el placer de que la persona por él designada fuese su continuadora, mayormente si al honor de la institución, añade ésta para con aquél, el lazo de un estrecho parentesco. El comunismo es enemigo de esta prerrogativa.

Kant, Fichte Mans y Gros, aferrados al individualismo, presos sus espíritus de un concepto bastante achicado de la personalidad, afirman que todos los derechos de una persona se extinguen con su muerte; consecuencia de esto es que, al igual que hizo el comunismo,

nieguen la sucesión jurídica en sus clases de testamentaria y legítima. No así lo entiende Leibnitz, quien funda la sucesión, como hemos dicho, en la inmortalidad del alma y preexistencia de la voluntad desde ultratumba, idea recogida por Arhens y que, engarzada en el lazo orgánico de la familia, constituye el sustentáculo filosófico social y moral de la institución sucesoria, tan indiscutible que Hugo Grocio y Puffendorf consideraron este punto de tal evidencia que ni siquiera lo examinaron, toda vez que la sucesión es de Derecho natural. Tampoco lo entendió así Lerminier, el cual funda la sucesión testada en el respeto debido á los recuerdos que, del causante y de los suyos, consuela á sus sucesores.

Tiénesese por inconcuso que la sucesión testamentaria subsignió á la legítima; aquélla es una excepción de ésta por cuanto eleva al hombre al rango de Legislador, armado de ordenamientos y señalador del destino de sus bienes, desenvolviendo su voluntad postrera dentro del orden jurídico.

El contrato y el pacto sucesorio constituyen la llamada sucesión contractual; el segundo en tanto produce efecto en cuanto el obligado no testa, teniendo el primero algún parecido á los heredamientos preventivos de Cataluña, llamados así para evitar los abintestatos.

¿El Código ha prohibido la sucesión contractual? En absoluto no. Sobre la herencia futura no se podrán celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división: art. 1.271, relacionado con el 1.056, que faculta al testador para hacer por actos entre vivos la partición de sus bienes, debiendo pasarse por ella en cuanto no perjudique á la legítima de los herederos forzosos; constituye un contrato válido con obligatoriedad. No solamente se ve en ese precepto la contratación sucesoria, sino en el art. 177, dispositivo de que el adoptado no adquiere derecho á heredar fuera del testamento al adoptante, á menos que en la escritura de adopción se haya obligado éste á instituirle heredero.

### De los testamentos

La palabra testamento, según dicen las Partidas, procede de las latinas TESTATIO y MENTIS que equivalen en romance á «testimonio de la voluntad del home.»

Modestino definió el testamento. VOLUNTATIS NOSTRÆ JUXTA

SENTENTIA, DE EO, QUOD QUIS POST MORTEM SUAM FIERI VELIT, y Ulpiano: MENTIS NOSTRÆ JUXTA CONTESTATIO IN ID SOLEMNI-TER FACTA, UT POST MORTEM VALEAT.

El hombre defiere la herencia y legados por testamento, que es libre manifestación de su voluntad hecha con las solemnidades prescritas por el Derecho, el cual debe respetarse y cumplirse como ley inviolable entre los interesados (leyes 32 Dig. DE HOC. RED. INST. y 4 Dig. QUI TEST. FAC. POS.)

El Código define el testamento diciendo que es un acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes ó de parte de ellos.

Parangonando esta definición con la dada por Ulpiano y Modestino adviértese que el Código no emplea la palabra acto solemne, á lo cual dice Manresa que el testamento no es hoy un acto de Derecho público, como en Roma, sino de Derecho privado; que no se deriva de la ciudadanía, sino de la personalidad ó individualidad, y que las solemnidades del IN COMITIS CALATIS, del IN PROCINCTU y del PER ÆS ET LIBRAM, ni encajan hoy en nuestras costumbres ni tienen al presente razón de ser.

## De las formas de los testamentos

### De los testamentos en Roma

Rindiendo homenaje de admiración á la memoria de aquel pueblo cuya grandeza jurídica aventajó á su poderío militar, expondremos sucintamente las formas que revistió allí, desde sus primeros tiempos, la institución testamentaria.

Reunido el pueblo en los comicios, asambleas legislativas, el paterfamilias, con aprobación de aquél, otorgaba su testamento, llamado IN COMITIS CALATIS, revistiendo forma pública solemne, nuncupativa y acompañada de la *rogación*, á fin de que los asistentes á aquel acto lo presenciaran y recordasen, ya que quedaba confiado á su memoria. Estas formalidades eran necesarias puesto que constituía una ley que, en tanto prevalecía, en cuanto su otorgamiento se ajustaba á la manera de elaborar esta clase de normas en un país donde el pueblo era directamente su Legislador.

Este testamento, por ser ley que aprobaba el pueblo en tiempo de paz, excluía la sucesión intestada; de manera que rezaba para

con él el principio NEMO PRO PARTE TESTATUS PRO PARTE INTES-  
TATUS DESCEDERE POTEST, y adoleció de este gravísimo inconveniente: para revocarlo tenía que hacerse otro en igual forma, habiendo habido ocasiones en que el heredero pagaba con la ingratitud, seguida, á veces, del crimen, el honor de haber sido instituido. *Rogar, exponer* la voluntad y *aprobarla* el pueblo, eran los tres elementos que integraban esta forma de testar en tiempo de paz: IN PACE ET IN OCIO.

Dándose la mano con este testamento tenemos el llamado IN PROCINCTU, que otorgaba el hombre de guerra al partir para el combate empuñando la lanza. Exponía su voluntad al pueblo armado, previa la arrogación y seguía la aprobación; era también solemne y no debe confundirse con el llamado rigurosamente militar. En este último, el testador podía prescindir, ante la inminencia del peligro de muerte, de las solemnidades internas y externas: su voluntad tenía que cumplirse aunque la escribiese en la arena con la punta de su acero, y no rezaba con esta forma de sucesión el principio de que uno no puede morir parte testado y parte intestado.

Los inconvenientes que llevaba aparejado el testamento IN COMITIS CALATIS, efecto á que el pueblo solo se reunía dos veces al año y en el entretanto no se podía testar, obligaron á introducir, desgajando la institución testamentaria del Derecho público para llevarla al Derecho privado, el llamado PER ÆS ET LIBRAM, merced á la poderosa influencia ejercida por el derecho pretorio en aquella legislación naciente; constaba de dos partes: la NUNCUPATIO ó manifestación oral de la voluntad y MANCIPIATIO ó sea la simulación de una venta de la herencia para dar fuerza civil á tal declaración.

Gayo supone que testaba de este modo quien, atacado súbitamente de muerte, no podía hacerlo ante los comicios curiados, ni IN PROCINCTU. A veces el testador no exponía oralmente su voluntad en evitación de que el heredero, sabedor de ella, atentase contra su vida, y reduciéndola á escrito, la presentaba cerrada á los cinco testigos que representaban en este testamento á las cinco clases de Roma; éstos ponían sus firmas, en unión del FAMILIÆ EMPTOR, y DEL LIBRIPENS, sirviendo esto de origen al testamento cerrado.

El Pretor rebajó las solemnidades del PER ÆS ET LIBRAM, no exigiendo la MANCIPIATIO ó venta fingida del patrimonio; le bastaba la NUNCUPATIO ó sea la declaración verbal ó escrita del testador; pero como no podía atribuir á esa última voluntad la eficacia del estricto derecho, puesto que, desprovisto de la MANCIPIATIO, no había

modo de adquirir el dominio, concediéndole, por exigirlo la equidad, los beneficios de la *BONORUM POSSESSIO SECUNDUM TABULAS*, á condición de que el heredero se las presentase firmadas por siete testigos (equivalentes á los cinco del testamento *PER ÆS ET LIBRAM*, por el libripende y el comprador de la herencia). También se concedió la *BONORUM POSSESSIO* al que, sin presentar las tablas por causa de haber sido robadas ó destruidas, justificaba que habían existido. Y por último, el pretor concedió la *BONORUM POSSESSIO SECUNDUM NUNCUPATIONEM* al que probaba con igual número de testigos que había sido instituido verbalmente.

El *JUS GENTIUM* templó la dureza y disminuyó el formalismo del derecho escrito; la obra del pretor fué objeto de evolución al compás de los tiempos. Al principio este magistrado solo concedía la *BONORUM POSSESSIO SECUNDUM TABULAS*, cuando no existían herederos instituidos según el derecho escrito por los testamentos *IN COMITIS CALATIS*, *IN PROCINCTU* y *PER ÆS ET LIBRAM*, ni legítimos, porque sus facultades no alcanzaban á derogar á aquél; pero, después, un rescripto de Antonino hizo prevalecer la *BONORUM POSSESSIO* contra los herederos designados por la ley, pero nunca contra los instituidos en testamento revestido de las solemnidades civiles; arguye esta diferencia la preferente consideración que tuvo la sucesión testada sobre la intestada.

Había necesidad de fusionar el Derecho civil y el pretorio; lo que no verificaba la ley lo hizo el uso, respondiendo á las necesidades sociales, y por esto Teodosio, en el año 439, deseando despojar á los testamentos, entonces existentes, de formas vanas y embarazosas, hubo de reglamentarlos, tomando por base el criterio del pretor, exigiendo la presencia de siete testigos y la unidad de contexto.

Justiniano introdujo el llamado testamento tripartito, compuesto del nuncupativo, por el cual consignaba el testador su voluntad en la *TABULA TESTAMENTI*; del pretorio, que concedía la *BONORUM POSSESSIO SECUNDUM TABULAS* y de un tercer requisito exigido por el mismo emperador, consistente en que el nombre del heredero fuese escrito por el testador ó por un octavo testigo, bien que esto fué proscrito por la Novela *CXIX*. Tanto en el testamento pretorio como en el justiniano, exigieronse, como solemnidades externas, la unidad de acto, siete testigos rogados, recuerdo esto del *PER ÆS ET LIBRAM*, y las firmas y sellos de los testigos; formalidad exigida en el testamento pretorio.

En el testamento privado ordinario, que podía ser oral, escrito y cerrado, el testador había de manifestar su voluntad ya en latín, ya en griego, ante siete testigos capaces y rogados, disposición que arranca del *PER ÆS ET LIBRAM*, y con unidad de contexto, exigida en éste, en el *IN COMITIS CALATIS* y en el *IN PROCINCTU*.

Aparte de estos testamentos existieron otros privados especiales, tales como: 1.º El del ciego, el cual solo podía testar en forma abierta, y exigía, además de los siete testigos, un *tabulario* y en defecto de éste un octavo testigo, inspeccionados, respectivamente, por aquéllos, debiendo firmarlo todos, después de leído y expresar el testador ser aquélla su voluntad. 2.º El de los ascendientes en favor de los descendientes; los primeros debían escribir, por su propia mano, la fecha de su disposición y la parte ó cosas en que les instituía, expresándolo en letras y no en cifras, sin necesidad de que concurrieran los testigos; pero si el testador dejaba legados á su consorte ó á un extraño, debía consignarlo ante testigos, cuyo número no prefija Justiniano; este testamento no podía impugnarse después de muerto el ascendiente, bajo pretexto de justificar con testigos que aquél quiso variar de voluntad por otro testamento posterior y solemne (Novela CVII, caps. I y II). Ese ascendiente, aún no testando, podía distribuir los bienes entre sus hijos si no les privaba de sus derechos legitimarios, bastando, en crédito de esto, un documento escrito y firmado por aquél ó por sus hijos, donde claramente apareciese la partición. 3.º El testamento otorgado en el campo. Justiniano permitió á los aldeanos (*RUSTICANI*), que siguieran su costumbre en el otorgamiento de estos testamentos, concurriendo cinco testigos y firmando cada uno de ellos si podían encontrarse tantos que supieran escribir, y, no habiéndolos, interviniese igual número, aunque no supieran escribir: que no reuniéndose siete, bastaran cinco, firmando los que supiesen por los que no supieran, bien enterados todos de la voluntad del testador, á fin de que á su muerte pudieran declarar bajo juramento; podía otorgar este testamento todo el que estuviese en el campo (Novela LXXIII, cap. IX). 4.º El testamento otorgado por el que padece de enfermedad contagiosa, que dispensa á los testigos de aproximarse al testador y no exige la concurrencia de aquéllos; fué introducido por los emperadores Diocleciano y Maximiano.

Los testamentos justiniano, el de los ascendientes en favor de los descendientes ó *inter liberos*, el otorgado en el campo, el del que padece una enfermedad contagiosa, estos tres últimos exigentes de

menos formalidades, y el del ciego, demandador de mayores garantías, como hemos dicho, constituyeron los testamentos privados, nuncupativos; además estaba el cerrado. Llamáronse testamentos públicos, para diferenciarlos de aquéllos, los que se otorgaban interviniendo la autoridad pública, á saber: 1.º TESTAMENTUM PRINCIPI OBLATUM, constituido por el derecho que tenía el ciudadano para elevar su voluntad al emperador, y no exigía otro requisito que su custodia en los archivos imperiales. Honorio y Teodosio, que confirmaron ese derecho, dispusieron no ser necesaria la contestación del príncipe, pudiendo revocarlo el testador cuando quisiera. 2.º Testamento JUDICIAL, constituido por la manifestación de la voluntad, de viva voz, ante la curia primero, y más tarde ante el gobernador de la provincia, de la cual se levantaba el acta correspondiente, que era archivada. Honorio y Teodosio ratificaron también esta forma de testar.

Respecto del testamento cerrado diremos que consistía en la declaración escrita y firmada solamente por el testador ó por un octavo testigo, si éste no sabía firmar; los testigos ponían su firma (*suscribere*) y su sello (*signare*) en la parte exterior del escrito presentado á ellos por el testador. El pretor concedió á todos los ciudadanos el derecho de pedir la exhibición, apertura y copia del testamento, para que no se perjudicaran los intereses de los favorecidos en él y se pagase el impuesto sobre las herencias que, según la ley Julia, era el 5 por 100, tipo que Carcalla elevó al 10, y luego se rebajó hasta que los emperadores cristianos lo abolieron, por lo cual fué desconocido en tiempo de Justiniano. El magistrado fijaba el día para la apertura del testamento, y si el que lo conservaba se resistía á que lo viesen, podía ser compelido á la exhibición y al abono de daños é intereses por medio del interdicto de TABULIS EXHIBENDIS. No apareciendo el testamento, los interesados podían utilizar los medios ordinarios de prueba, en crédito de que existía en el momento de fallecer el testador. Si se presentaba al magistrado, éste disponía que se citase á los testigos para que compareciesen ante su presencia á reconocer ó negar sus firmas y sellos, no siendo necesaria la comparecencia de todos, sino de la mayor parte, y aún estando ausentes, podía abrirse si la necesidad lo exigía; pero, en este caso excepcional, habían de intervenir testigos de la mejor opinión, que debían firmarlo después de abierto, remitiéndose en ambos casos el documento á los testigos ausentes para que pudieran reconocerlo y sin que pudiera suspenderse la apertura por el hecho de que alguno de los

testigos negase haberlo sellado. No se abría la parte que el testador prohibiera, ni en aquello que contuviese sustitución pupilar, aunque aquél no lo vedase, salvo en caso de necesidad. Abierto el testamento, se procedía á su lectura, se facilitaban copias á los que las pedían, se extendía la correspondiente acta expresiva de la diligencia, autorizada con el sello público, quedando archivada, para poder expedir de ella nuevos traslados si los librados antes se perdían.

Poniendo punto al examen de las formas que revistió el testamento en Roma en sus distintas clases de públicos y privados, ordinarios y extraordinarios, comunes y especiales, estos últimos con mayores ó con menores formalidades, y sin olvidar el testamento del pobre, se nos ocurre preguntar si antes de la ley de las XII Tablas podía testarse y, caso afirmativo, en qué forma. Siguiendo, en este respecto, la opinión de Pastor y Alvira, antes de la ley decemviral se dieron casos en que los particulares ordenaron su sucesión y así lo atestiguan Aulo Gelio, Macrobio y Tito Livio. Y no podía menos de ser así; si el testamento es la expresión de la voluntad postrimera, si su otorgamiento es de Derecho natural y si es consecuencia lógica del *JUS DISPONENDI*, el ciudadano romano no podía estar privado de esta facultad, aún cuando la ley no regulase todavía su ejercicio, siendo de creer que las XII Tablas no introdujeron en esta materia una súbita reforma, tan radical, sino que, apoyándose en las costumbres, perfeccionaron esta institución, dándole el debido condicionamiento para que pudiera desenvolverse dentro del Derecho público, del cual era parte, en la Roma de los primeros tiempos, el régimen civil, hasta que con la lenta y gradual evolución de las instituciones privadas, tuvieron éstas sus normas especiales que empezaron, en la materia que nos ocupa, con el testamento *PER ÆS ET LIBRAM*, perdiendo éste más tarde la ficción y el simbolismo propios de la *MANCIPATIO*, para quedar reducido á la *NUNCUPATIO*, exaltadora del principio de ser la voluntad, verbal ó escrita, la generadora de este fenómeno jurídico con arreglo á las leyes.

#### De las formas del testamento ante el Derecho tradicional castellano

Contenía formas generales y formas especiales; en las primeras se comprendían las del testamento abierto ó nuncupativo y el cerrado; en las segundas estaban los codicilos, testamentos manco-

munados, por comisario, con fideicomisos, de instrucciones reservadas, con cláusula AD CAUTELAM especial ó general derogatoria de testamentos posteriores, y ultimamente las memorias testamentarias.

Además, los testamentos se clasificaban, como en Roma, en comunes, especiales y privilegiados; estos últimos, así como el hecho en el campo, ó el del aldeano y el del padre entre sus hijos (INTER LIBEROS), desaparecieron por virtud de lo dispuesto en ley 3.<sup>a</sup> de Toro.

Los testamentos comunes eran los que se otorgaban en cualquiera de las formas generales ó excepcionales, y testamentos especiales aquellos en que concurría alguna circunstancia singular por razón de precepto expreso de la ley, como el testamento del ciego y el del militar.

Este último, que fué introducido en Roma en tiempos de Julio César, según el testimonio de Ulpiano, como privilegio concedido á los militares en pié de guerra, en consideración al peligro de muerte en que, de ordinario, se hallaban, coincidió, como dice Manresa, con la transformación del testamento, en general, de acto público (propio del IN COMITIS CALATIS y del IN PROCINCTU), en acto privado, y con la preponderancia de la clase militar en aquella sociedad. El Fuero Juzgo admitió también el testamento militar, sancionado después por las leyes de Partidas, según el modelo romano, pero concedido solamente en favor de los caballeros formando hueste, quienes podían escribirlo con su propia sangre en su escudo ó en sus armas; testamento que, según la Real cédula de 28 de Abril de 1739, solo valía si el testador fallecía en la campaña en que se otorgaba, y que por Reales decretos de 9 de Junio de 1742 y 25 de Marzo de 1752, podía otorgarse en cualquier tiempo. Obtuvieron este privilegio todos los individuos del fuero de guerra (Ordenanzas reales del Ejército de 1768, confirmadas por Real cédula de 28 de Octubre de 1778 y ley 8.<sup>a</sup> tít. 18, lib. 10 de la Novísima Recopilación) empleando papel simple, firmado por el testador ó de cualquier otro modo en que revelase su voluntad, así como podía otorgarse por ante notario con las fórmulas ó cláusulas de estilo. Por Real orden de 17 Enero de 1835 se confirmó este privilegio, disponiendo que el testador era árbitro de emplear la forma civil ó la militar, no solo estando en campaña, guarnición, cuartel ó marcha, sino donde quiera que se hallase y cualquiera que fuese su edad, estuviese en salud, en peligro de muerte ó sin él, sin tener que sujetarse á los reglamentos locales, etc., ni necesidad de buscar persona, si no la

llamaba, para que la autorizara, al paraje en donde se encontrase; habiéndose dispuesto por R. O. de 31 de Octubre de 1864, que cuando esos testamentos se otorgaban con las solemnidades del Derecho común, debían protocolizarse en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil para los de los no militares.

Hemos dicho que el otro testamento especial era el del ciego: había de ser nuncupativo ó abierto, nunca cerrado. La ley 2.<sup>a</sup>, título 18, lib. 10 de la Novísima Recopilación moderó lo dispuesto en la ley 14, tít. 1.<sup>o</sup> de la Part. VI, exigiendo la presencia de cinco testigos y escribano y, á falta de éste, de ocho de aquéllos, de los cuales debía firmar uno á ruegos del testador en todo caso.

El mudo ó sordo podían testar si sabían escribir; referíase la ley á los que fuesen por accidente: pero hubo de extenderse, con la interpretación, esta facultad á los mudos y sordos de nacimiento: Sents. de 12 de Mayo de 1841 y 21 de Mayo de 1860, declaratorias de que la ley se refería con la prohibición á los totalmente imposibilitados de manifestar su voluntad, de otro modo que por escrito.

Estudiando la forma de los testamentos comunes, éstos, siendo nuncupativos, podían otorgarse ante escribano y tres testigos vecinos: ante cinco testigos vecinos sin escribano; ante tres testigos vecinos solamente en caso de no poder encontrar mayor número, ni escribano, y ante siete testigos no vecinos.

En el testamento cerrado llamado *IN SCRIPTIS* ó «hecho en poridad», al decir de las Partidas, se exigían antes del Código, como formalidades, que estuviese firmado por el testador y si no supiese ó no pudiese, una persona á su ruego, y que firmasen en la cubierta el Escribano, siete testigos y el testador. Si éste ó los testigos no sabían ó no podían firmar, lo habían de hacer los unos por los otros. La institución de los escribanos había aparecido en el Fuero Real. La apertura y protocolización del mismo se verificaba conforme á lo dispuesto en el art. 1.380 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil.

Además de estos testamentos, la ley 15 tít. II, del Fuero Juzgo introdujo el ológrafo, en el cual no se exigía la intervención de testigos, ni de funcionario público; cayó en desuso, tanto que antes de la publicación del Código no se otorgaba; tiene sus precedentes en el testamento militar privilegiado y en el que otorgaban los padres en favor de sus hijos (*PARENTUM INTER LIBEROS*).

Como hemos dicho, había formas especiales de testar y una de estas eran los codicilos. El testamento era el código (*CODEX*, como

le llamaban los romanos), compuesto de leyes ú ordenamientos en forma imperativa de disponer el testador, mientras que el codicilo era el *pequeño código*.

Según la Instituta, el codicilo no requería ninguna solemnidad; pero una ley del Código dada por Teodosio exigió la intervención de cinco testigos rogados ó que casualmente concurriesen, ya se otorgase de palabra ó por escrito, debiendo aquéllos, en este último caso, poner sus firmas. Fué introducido para evitar las solemnidades excesivas del testamento y no podía instituirse en él con carácter universal, pero sí hacerse disposiciones complementarias de aquél, como legados y hasta establecer fideicomisos que, de modo directo, afectasen á la herencia. Las Partidas tomaron esta institución del Derecho romano, y la ley 3.<sup>a</sup> de Toro dispuso que los codicilos tuviesen las mismas formalidades que los testamentos; según la jurisprudencia, no habían desaparecido, y aún cuando el abierto debía reunir aquellas solemnidades, el testador podía expresar su voluntad en el cerrado, que quedó subsistente, no obstante dicha ley.

Respecto del testamento por comisario ó apoderado, trae éste su origen de la ley 7.<sup>a</sup>, tít. 5.<sup>o</sup>, lib. 3.<sup>o</sup> del Fuero Real, en pugna con la ley 32, tít. 5.<sup>o</sup>, lib. 28 del Digesto, proclamadora del principio de que, siendo la voluntad inalienable, su manifestación hecha en testamento ha de constituir un acto personalísimo. El poder á favor del comisario para otorgar testamento, debía estar revestido de las formalidades de Escribano y testigos en las formas que las leyes previenen para los testamentos; el comisario no podía instituir mas que á la persona que, en tal concepto, se designase por su nombre en el poder, y en cuanto á las demás cosas objeto del testamento, debía atemperarse á lo especialmente señalado y mandado por el poderdante. Si este no hubiese designado heredero, ni señalado otros particulares en el testamento, el comisario solo podía disponer el pago de deudas y cargas de conciencia del finado, distribuyendo el resto entre los parientes á quienes correspondiese por la ley sucederle abintestato, salvo el quinto de que podía disponer para su alma, y, á falta de parientes, el comisario había de destinar los bienes á obras pías provechosas al alma del poderdante (leyes 39, 31 y 72 de Toro).

El comisario debía otorgar testamento dentro de cuatro meses si, al formalizarse el poder, se hallaba en el mismo lugar; de seis, si residía en cualquier otro punto de la monarquía, ó de un año, si en el extranjero. Transcurridos estos términos caducaba su facultad, debiendo cumplirse lo que el poderdante hubiese ordenado en el

mandato y, en defecto, se adjudicaba la herencia á los herederos abintestato, con obligación de destinar el quinto de ella en favor del alma del finado si no eran ascendientes ni descendientes del mismo. Los parientes colaterales llamados á la sucesión intestada debían cumplir esa obligación dentro del año siguiente al fallecimiento del testador, y en otro caso podían ser compelidos á ello de oficio ó á instancia de cualquiera del pueblo (ley 36 íd.)

No podía el comisario revocar el testamento otorgado con anterioridad por el poderdante, á menos que éste le hubiese dado poder especial, como tampoco revocar el testamento que hubiere otorgado en cumplimiento de su poder, ni hacer codicilo, ni declaración alguna posterior á aquél (leyes 35 y 37 íd.)

Si el testador, después de haber hecho la institución de heredero, otorgaba poder para que otro terminase el testamento, el comisario solo podía disponer del quinto de los bienes que quedaren después de satisfechas las deudas. Si uno de los varios comisarios nombrados renunciaba, quedaba íntegro el poder en los demás; la discordia entre ellos tenía que resolverse por mayoría de votos, y, habiendo empate, decidía el Juez del lugar, si había uno; en otro caso el elegido por los comisarios y por desacuerdo de éstos, el favorecido por la suerte (leyes 37 y 38 de Toro).

Ocupándonos de los testamentos mancomunados diremos que eran los otorgados recíproca y conjuntamente por dos personas á favor de la que de ellas sobreviviera; fué llamado de hermandad y era frecuente entre marido y mujer sin sucesión. La ley 9.<sup>a</sup>, tít. 17, lib. 3.<sup>o</sup> del Fuero Real dispuso que si el marido y la mujer hiciesen hermandad de sus bienes, pasado el año de su matrimonio (cuando ya el tiempo ha enfriado la pasión, mal consejera), no habiendo hijos, ni de otra parte que tuviese derecho á heredar, valdría aquél, y si después de hecho tuviesen hijos, no valdría, y añadió, como fundamento á esta prohibición, «ca no es derecho que los fijos que son fechos por casamiento, sean desheredados por esta razón».

En este testamento debían observarse todas las solemnidades establecidas para los comunes. El sobreviviente no podía alterar la voluntad del difunto pero podía revocar la parte relativa á sus bienes, á menos que se hubiese pactado la irrevocabilidad, en cuyo caso debía cumplir las condiciones al efecto establecidas (Sentencias 21 Mayo de 1860, 26 Marzo de 1861, 19 de Junio y 20 de Diciembre de 1866).

Respecto de las cédulas testamentarias, eran á modo de notas ó

apuntes que solían firmar el testador y los testigos; para tener eficacia habían de ser elevadas á escritura pública en la forma establecida en los arts. 1.945 y 1.952 de la ley de Enjuiciamiento civil; ésta vino á sancionar esa forma autorizada por la práctica, sin que tenga origen en ninguna de nuestras leyes.

Vamos á terminar esta sección estudiando los testamentos con cláusula *AD CAUTELAM* especial ó general, derogatoria de otros posteriores. En este testamento establecía el testador que no valiese otro posterior suyo que no contuviese una manera ó causa señalada de revocación. Debiose esta garantía al deseo de prevenir que el testador fuese llevado á cambiar de voluntad contra su deseo; y como nadie conocía la cláusula mas que él, y era á modo de llave con que había pasado el cerrojo al primer testamento, si él no la sacaba al testar de nuevo, es porque quería que lo hecho anteriormente valiese.

No tenía aplicación, respecto de estos testamentos, el principio de la irrevocabilidad, admitido generalmente y sancionado por la ley 25, tít. 1.º de la Part. 6.ª, antes se exigía una revocación especial y expresa en que manifestara expresamente el testador que no estorbasen para el nuevo testamento las palabras ó las cláusulas puestas en el anterior, ó bien expresar en el último la cláusula especial de revocación establecida en el primero, aunque no era necesario copiarla literalmente, bastando que se hiciera con referencia á ella, declarando el testador su voluntad de derogar el anterior; esto ha venido á declararlo el Tribunal Supremo en Sents. de 22 de Febrero de 1868 y 4 Noviembre de 1872, entre muchas.

De las formas del testamento ante la Legislación foral

## CATALUÑA

### Derecho general y local

En la materia de testamentos, integran la Legislación catalana el Derecho romano, el Derecho canónico, las Constituciones y el Código civil.

Antes de exponer esta materia debemos decir que el testamento otorgado de mancomún es válido, pues la ley prohíbe solo los pac-

tos sucesorios; de modo que las condiciones que entre sí se impongan los testadores como mútuos herederos, deben cumplirse religiosamente por el sobreviviente, si hubiese aceptado la herencia (ley 70 Dig. DE HERED. INST.)

Los testamentos se clasifican en cerrados ó escritos y abiertos (Inst. § 14, DE TEST. ORD.)

### Del testamento abierto

Es el llamado nuncupativo y, según dice Durán y Bas, se ha debido siempre otorgar ante notario y dos testigos vecinos del lugar; éstos han de ser idóneos, llamados y rogados al efecto, los cuales presencian de continuo el acto hasta que la escritura queda hecha y firmada por los concurrentes (Const. Cat. cap. 26, tít. 13, lib. 1.º, vol. 2.º, leyes 9.ª, 12, 21 y 28 Cód. DE TEST. y Sent. 25 Octubre de 1861).

Desde antiguo goza el Notariado en Barcelona de un gran prestigio, y así se descubre leyendo el cap. XXV del RECOG. PRÓC., que faculta al Notario para hacer el testamento estando solo con el testador, y una vez anotado, se llama á los testigos, á quienes se les dice que se dictó esa última voluntad como si ellos la hubiesen oído. Y se explica esa disposición catalana, porque el Notario, con su carácter de profesor de Derecho, evacúa las consultas que el testador le hace, y una vez discernida su voluntad, tamizada por la ley, le da forma en el documento público, concurriendo después los testigos, no porque lleven la representación del pueblo, sino porque elaboran la prueba preconstituída, para que presencien y se cercioren de la verdad del acto. Ellos, como no son coautorizantes, no tienen por qué estar presentes cuando el testador y el notario conversan acerca de los puntos del testamento.

La unidad de acto, así como la rogación de los testigos provienen del Derecho romano, y la reducción del número de éstos á dos trae su origen del Usatge ACCUSADORES y del cap. X, tít. DE TESTAM, de las Decretales. Prescribe la costumbre 1.ª, rúb. 4.ª, lib. 6.º de las de Tortosa, que si el testador quiere que el número de testigos sea mayor, puede hacerlo. En algunas diócesis deben ser más de dos el número de testigos, según lo dispuesto en sus Constituciones sinodales; pero afirma Durán y Bas que se considera como derecho

común en Cataluña que el testamento nuncupativo se otorgue como antes se dice.

La confianza depositada en los notarios y las palabras del Evangelio, *IN ORE DUORUM VEL TRIUM STET OMNE VERBUM*, introdujeron la novedad de que bastara el número de dos testigos, según los Usatges de Barcelona, las Costumbres de Lérida (rúbs. 142 y 154), el *RECOGNOVERUNT PROCERES*, cap. 26 y las Costumbres citadas de Tortosa, no solo para todos los asuntos en general, si que, especialmente, para los testamentos, y á las dos cosas conjuntamente, atribuyendo pleno valor probatorio á esos dos testigos idóneos, que, acompañando al notario, constituyen, según dice Corbella, la solemnidad externa de los actos de última voluntad.

El Derecho romano vió en los testigos (testamento *PER AES ET LIBRAM*, en el pretorio y en el justiniano), la representación del pueblo, porque el poder social de que es representante el notario en el ejercicio de su ministerio, no estaba aún determinado; pero como en Cataluña tuvo aquella, como en ninguna otra región española, un funcionario público en el cual fué confiada con mayor intervención y con más altos prestigios que el Escribano, de que nos habla el Fuero Real, los testigos no podían concurrir mas que como prueba; la sociedad jurídica y políticamente considerada, el llamado Estado, tenía su representante, en la autorización de los testamentos, que era el Notario. Pero la influencia del Derecho canónico, según el cual *VALET TESTAMENTUM QUOD PAROCHIANOS FACIT CORAM PRESBYTERO PAROCHIALI AT DUOBUS TESTIBUS: NEC VALET CONTRARIA CONSUETUDO* (Cap. 10, tít. 26, lib. 3.º de las Decret.) ha venido de antiguo imperando en aquella región, confirmándolo la Real cédula de 29 de Noviembre de 1736, en el sentido de que en las poblaciones donde no existe Notario, está autorizado para recibir el testamento nuncupativo el Cura párroco ó quien haga sus veces como Teniente.

Como se ve, la intervención de esos ministros de Dios, es excepcional, para en el caso de que en el lugar no haya Notario.

El Cura párroco solo puede ejercer las funciones de Notario dentro de los límites de su feligresía, facultad que debe conservarse, en sentir de Durán y Bas, para facilitar la disposición testamentaria de los bienes en un país bastante accidentado, como es Cataluña, y que tiene muchos pueblos alejados de las cabezas del distrito notarial, bien que, como indica dicho eximio fuerista, importa ordenar, en evitación de los inconvenientes prácticos que trae consigo esta

costumbre, la forma de conservación de estos testamentos en vida del testador y la de su publicación y protocolización, para que hagan fe cuando aquel haya fallecido.

En Sents. de 23 de Octubre de 1867, 29 de Diciembre de 1870 y 4 de Mayo de 1905 se declaró válido el testamento autorizado por los curas ó sus Tenientes no habiendo Notario en la feligresía.

Hemos dicho que los testigos deben ser rogados; esto trae su origen del testamento *IN COMITIS CALATIS* y cuya formalidad ha venido exigiéndose en Roma durante la evolución que ha seguido la institución testamentaria. Las Costumbres de Tortosa también exigen ese requisito, pero no el Privilegio *RECOGNOVERUNT PROGERES*, concedido á Barcelona por Pedro III, que forma la ley única, tít. 1.º, lib. 6.º, vol. 2.º de las Constituciones; según él, las formas del testamento quedan reducidas á la intervención del notario y de los testigos, exigiéndose unicamente como solemnidad interna ó de fondo, la capacidad del testador. Aún cuando la Dirección general de los Registros y del Notariado ha resuelto que basta cumplir ese requisito sin necesidad de expresarlo en los lugares donde es obligatorio, no estará de más que se haga mención de haberse cumplido al autorizarse el testamento.

Hemos dicho anteriormente que el Cura parroco ó el Teniente pueden autorizar los testamentos en el lugar donde no haya Notario. También las Costumbres de Gerona, colección del año 1439, facultan al sacerdote de la Iglesia parroquial para autorizar en alguna parroquia de la Diócesis, fuera de la ciudad, los testamentos, con intervención de cinco testigos, y no de dos, como en el resto de Cataluña; ante este dualismo, vino la Real provisión de 29 de Noviembre de 1836, no á suprimirlo, sino á delimitarlo, prescribiendo que los Curas rectores y sus Tenientes solo podían autorizar testamentos ó últimas voluntades, cada uno en su distrito, territorio ó feligresía, no habiendo en ella Escribano real ó numerario, empleando el papel sellado correspondiente; pero sin que pudiesen recibir ni actuar, so pena de nulidad, en escritura de contrato, ni otro instrumento entre vivos. No vemos, pues, que se haya modificado la rubrica 25, cap. 1.º de las Costumbres de Gerona respecto al número de cinco testigos, pero sí en lo que se refiere al autorizante, pues no puede serlo cualquier sacerdote de Iglesia parroquial, sino los Curas, Rectores ó sus Tenientes.

Las copias de estos testamentos y demás últimas voluntades ha de librarlas un Notario, quedando el original en poder del Cura ó

de su sucesor en el cargo; así se colige de dicha Real provisión, declarada subsistente, en este punto, por R. O. de 15 de Diciembre de 1863 y por las Sents. del Tribunal Supremo de 28 de Enero y 25 de Octubre de 1861, 8 Enero 1866, 30 Noviembre de 1867, 29 Diciembre de 1870, y 28 Diciembre de 1872, habiendo resuelto el Centro directivo que dicha Real provisión es inaplicable á los lugares en donde existe plaza de notaría servida, es decir, que no esté vacante, sino que se halle desempeñada por Notario, por más que éste se encuentre ausente del pueblo en el momento de otorgarse el testamento ante el párroco. De manera que, habiendo Notario en el lugar, el Cura ó Teniente no pueden autorizar los actos de última voluntad.

### Del testamento sacramental

Solo pueden otorgarlo los ciudadanos de Barcelona ó poblaciones que disfrutan de sus privilegios, así como también los que habitan en la ciudad de Gerona, según unos, y en toda la Diócesis, según otros, como advierte Durán y Bas.

El *RECOGNOVERUNT PROCERES*, en su cap. 48, prescribe que la voluntad manifestada con palabras claras y precisas, verbalmente ó por escrito, en presencia de testigos (no expresa el número, pero se considera suficiente que sean dos ó tres) por un ciudadano de Barcelona, en cualquier parte en que se halle, tiene fuerza de testamento si la ha manifestado en términos tales que no dejen lugar á dudas acerca de que, con ánimo deliberado de testar, expresó aquélla su postrera voluntad. Los testigos deberán declarar dentro de seis meses desde que estuvieron en Barcelona, previo juramento, prestado en el Altar de Santa Cruz de la Iglesia de los Santos Justo y Pastor, que antes era de San Félix Mártir, presente el Escribano de la nave que confeccionó el testamento y las otras personas que lo vieron escribir y oyeron decir, «tal como se contiene en aquella escritura ó última voluntad, declarada verbalmente por el mismo testador». Hoy concurre al acto el Juez y el Escribano.

Dicho privilegio es extensivo á la ciudad de Gerona y, según Durán y Bas, hay letrados del país que aseguran haberlo visto en la Bisbal y otros pueblos de aquella Diócesis; los testigos prestan su juramento y declaración en la Iglesia del Carmen de dicha ciudad, y antes se verificaba este acto en la de Santa María Sacosta.

A juzgar por la letra del Privilegio *Recognoverunt Próceres*, no se puede testar en esa forma dentro de Barcelona, pero sí fuera de ella, á condición de que el testador sea ciudadano de la misma; privilegio concedido para favorecer y privilegiar la Iglesia de San Justo y Pastor á fin de que «cualquier voluntad de marinero, mercader ó de cualquier otro tratante y pasajero que en cualquier parte del mar expresase su última voluntad, confiándola al escribano de la nave ó de cualquier otro vaso, se pudiera cumplir, viniendo después el tal escribano ó las personas que estaban presentes, pero antes de pasar seis meses ante el Rector ó cura de dicha Iglesia, manifestándole con juramento la voluntad del difunto y hecha carta pública de esto por el Cura y puesta en forma, tuviese tanta fuerza eficacia y valor, cuanto pudiera tener, como si se hubiera verificado con todas las solemnidades y requisitos de cualquiera ley, fuero ó estatuto de otras tierras». El carácter del testamento sacramental es de privilegio al ciudadano de Barcelona y puede otorgarlo dentro y fuera del territorio catalán (Sent. 30 Octubre 1901).

En Tortosa también existe el testamento sacramental, regulado en la cost. 7.<sup>a</sup> rúb. 4.<sup>a</sup>, lib. 6.<sup>o</sup>, pero, aún siendo privilegiado, no tiene paridad con el antes dicho. El juramento se ha de prestar por los testigos ante los jueces y el *Veguer*, en presencia de un escribano de la ciudad, lo que da carácter laico al acto.

Los testigos deben manifestar cuál fue la voluntad del difunto, así como el día en que la ordenó y el de su muerte, lo cual se consigna por el Escribano, como también el día de su exposición y que los dichos testigos ó *marmesores* han adverado con juramento en el acto la certeza de sus manifestaciones.

Es práctica que los interesados en la no validez de este testamento, que no tiene de sacramental más que el juramento, presencien la declaración de los testigos, y directamente ó por medio de sus defensores les hagan preguntas para depurar la verdad; si el Juez lo declara válido, se protocoliza por un Notario.

Durán y Bas comprende que el testamento sacramental no tiene razón de ser en el día, y al efecto apoya su sentir en muy pertinentes observaciones; así también lo entendemos.

Para que tenga valor este testamento que dentro de Barcelona no puede otorgarse, requiérese que aparezca seria y deliberada la intención del testador con conciencia de la trascendencia del acto que realiza (Sents. de 4 Mayo de 1904 y 26 Febrero 1907). No puede elevarse á testamento sacramental la supuesta última voluntad

de una persona si la Sala, apreciando la prueba, declara que la testifical suministrada por el demandante no ofrece la conformidad bastante para estimar testamento las palabras que se dice pronunció el supuesto testador, tomando además en cuenta el estado de éste y el haber otorgado dos meses antes testamento ante Notario público (Sent. 10 de Abril 1901). No infringe el cap. 48 del *Recognoverunt Próceres* la sentencia declaratoria de no haber lugar á tener por testamento una última voluntad si solo juró un solo testigo (Sents. 21 Febrero 1870, 26 Junio 1877 y 9 Enero 1882).

El testamento sacramental puede otorgarse de palabra ó por escrito, sirviéndose en este caso el testador de un papel cédula ó memoria para que los testigos asistentes lo entiendan y recuerden (Sent. 23 Septiembre 1864). El testamento sacramental admitido por las costumbres escritas de Tortosa exige en quien lo otorga ánimo deliberado de testar y la manifestación de su voluntad ante testigos (Sent. 27 Mayo 1885).

El eminente fuerista Durán y Bas señala los inconvenientes de este testamento en estos tiempos en que «se proclama la moral independiente, la completa proscripción de toda religión positiva y hasta se niega no solo la Revelación, sino hasta el mismo Dios, y aún cuando esto no sea, es asaz general que existe el indiferentismo religioso, ó á lo menos la tibieza de la fe».

Alabamos la sinceridad con que se expresa un espíritu tan ortodoxo y hacemos nuestras tan sagaces observaciones; en estos tiempos de indisciplina social, el juramento no es, como debiera, garantía de verdad, que, no en vano, debe prestar el alma religiosa por amor y temor á Dios, sino un formalismo en donde se esconde muchas veces falsía; y así lo ha comprendido el Legislador al disponer en la ley de 24 de Noviembre de 1910, que si el juramento no es conforme con la conciencia del que debe prestarlo, podrá éste (salvo una excepción), prometer por su honor en los casos en que las leyes lo exijan.

#### Testamentos del ciego y mancomunado

En Cataluña se exige la intervención de siete testigos y notario en el testamento del ciego, que habrá de ser nuncupativo, nunca cerrado (ley 8.ª Cód. QUI TEST. FAC. POSS.) Esta forma la introdujo una ley de Justino, y añade que en donde no se pueda hallar Nota-

rio, debe intervenir un octavo testigo, y que deberá ser firmado y sellado por el Notario, cuando intervenga, y por los testigos (sentencia 17 Diciembre 1860).

El Derecho consuetudinario de Cataluña admite el testamento mancomunado de marido y mujer, con su nota de revocabilidad, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sents. de 12 de Abril de 1873, 17 Diciembre de 1881 y 1.º de Marzo de 1905, entre otras.

### Del testamento cerrado

Este se contrapone al abierto y se otorga ante Notario y dos testigos vecinos del lugar, y á semejanza de lo que dispone la ley 28, Cód. DE TESTAMENTIS, si el testador no sabe firmar, requiérese que firme á ruegos de aquél un tercer testigo, no uno de aquéllos, como es práctica, mejor, corruptela, reñida con la ley. El testador debe manifestar, en el acto, que el pliego contiene su postrera voluntad.

El reglamento de 13 de Marzo de 1755, que forma la ley 28, título 15, lib. 7.º de la Novísima Recopilación, derogó, en su cap. 2.º, el 25 del RECOGNOVERUNT PROCERES y dispuso, entre otras cosas, en el tercero, que en el testamento cerrado, verificada la entrega de él por el testador al Escribano, firmaran sobre la cubierta del documento los dos testigos. No es costumbre en Cataluña que el testador recoja su testamento cerrado, pues queda depositado en poder del Notario, cuya apertura se verifica, no por este funcionario, como se hacía antiguamente, sino por el Juez, conforme á lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento civil. Para la revocación de este testamento basta, según costumbre, que el testador lo retire del poder del Notario, haciéndolo constar en acta firmada por él y dos testigos instrumentales.

Del testamento cerrado hablan las costumbres de Tortosa, (libro 6.º, rúb. 4.ª).

### De los testamentos especiales

Existe en este antiguo Principado el testamento llamado INTER LIBEROS, que viene á ser un testamento ológrafo que se redacta conforme á lo prescrito en el cap. 1.º, Novela CVII de las de Justiniano; es el que otorga un ascendiente en favor de un descendiente,

debiendo el testador hacer constar su voluntad en el documento, escribiéndolo de su puño, con la fecha de su otorgamiento, los nombres de los instituidos y las partes de herencia que señala á cada uno, expresándolas en letras y no en cifras ó guarismos; si el otorgante quiere hacer algún legado á favor de su esposa, de otros parientes ó de extraños, debe escribir su disposición de su propia mano y á presencia de testigos, so pena de nulidad, debiendo concurrir dos testigos por lo menos, y ser vecinos del lugar, circunstancia exigida en toda clase de testamentos.

Esta última voluntad no merece el nombre de testamento INTER LIBEROS, cuando el otorgante se preocupa en primer término y principalmente de su consorte, dejándole en usufructo todos los bienes, con facultad de venderlos y gravarlos en caso de necesidad, y de elegir heredero entre sus hijos, respecto de los que á su muerte queden, después de pagar las legítimas de los demás, cuyo testador solo para el caso de fallecer su mujer dispuso de su herencia entre sus hijos (Sent. de 12 de Noviembre de 1897). De manera que dicho testamento con tales disposiciones no es el INTER LIBEROS, regulado por la Novela CVII de Justiniano y leyes 9.<sup>a</sup>, 12, 21 y 28 Cód. DE TESTAMENTIS, y sin que para sostener tal carácter tengan aplicación las leyes 12 del Digesto DE TESTIBUS, 3.<sup>a</sup>, tít. 16, lib. 3.<sup>o</sup> de las Constituciones de Cataluña y el principio de que es permitido, sin variar la naturaleza de un acto, todo lo que la ley, con relación á éste, no prohíbe (Sentencia antes citada).

No pueden desheredarse los descendientes empleando esa forma, y se revoca por otro testamento perfecto, en el que se haga mención expresa de él; esto último es lo establecido en el cap. 2.<sup>o</sup> de la Novela antes citada. Fontanella sostiene que el testamento posterior INTER LIBEROS ó en forma privilegiada, deroga el anterior, aunque sea solemne, si es más favorable á los hijos, y cita, en apoyo de su sentir, que es también el de otros tratadistas, la sentencia de la Audiencia de Barcelona de 6 de Septiembre de 1614. Frente á esta doctrina está la de otros escritores; pero consideramos que lo vigente es dicho capítulo de la Novela, tal como se halla escrito, como antes dejamos designado.

Para que valga el testamento INTER LIBEROS, el testador lo ha de escribir de mano propia, poniendo su fecha, los nombres de sus hijos y las partes que les deja como herederos (Sent. 10 de Julio de 1887).

Pregunta Corbella si es aplicable en Cataluña el testamento

ológrafo, regulado por el Código civil, y se resuelve por la negativa aduciendo, como fundamento de su opinión, que el Derecho romano, supletorio en el Principado, excluye ese testamento como forma de Derecho común, puesto que lo reserva solo como privilegio á los militares y á los padres que disponen en favor de sus hijos.

No participamos de este sentir; el art. 12 del Código declara á éste supletorio del que lo sea en cada una de las regiones aforadas cuyo régimen jurídico, escrito ó consuetudinario, queda subsistente; De manera que en Cataluña, á falta de su derecho especial, está el supletorio por este orden: el Derecho canónico, el Derecho romano y el Código civil. Ninguno de los dos primeros prohíbe el testamento ológrafo; antes el segundo considera como privilegiado el militar, y como especial el que otorgan los ascendientes en favor de los descendientes, despojándolos de solemnidades. Faltando esa prohibición terminante, no vemos porqué el Código civil no pueda tener allí aplicación, ya que, una de dos: ó el testamento ológrafo es bueno y responde á una necesidad social, ó es malo y debe suprimirse; si lo primero, el catalán no puede ser de peor condición que el castellano y debe utilizar las instituciones en el Código establecidas que no pugnan con su régimen jurídico, y si lo segundo, y esto es lo que, en puridad, entendemos, ese testamento debe desaparecer, porque se presta á la falsedad, como ha demostrado la práctica en cierto proceso famoso.

También existe en Cataluña el testamento de confianza, cuyo origen está en el cap. 13 de las Decretales, DE TESTAMENTIS; fué introducido por la costumbre y la antigua jurisprudencia. Consiste en designar á determinada persona para la percepción de la herencia, con el fin de darla el destino que el testador le hubiese comunicado reservadamente, ya de palabra, ya por escrito. El Tribunal Supremo, en Sents. de 3 de Octubre de 1866 y 19 de Julio de 1869, reconoce esta forma de testar que, según Fontanella y Durán y Bas, reviste el carácter especial de fideicomiso,

También existe el testamento AD CAUTELAM. Fúndase en la costumbre, apoyada en la ley 22, tít. 1.º, lib. 32 Dig. En esa cláusula expresa el testador su voluntad de que no se considere revocado su testamento por ningún otro de fecha posterior, á menos que haga en éste mención especial de las palabras derogatorias al efecto consignadas. La revocación, para que pueda prevalecer, debe expresar la cláusula estampada en el primero, aunque no se transcriba literalmente en el segundo; de otro modo hecha, vale el primer tes-

tamento (Sents. 1.º Octubre de 1860, 22 Junio de 1865, 18 Junio de 1866, 22 Febrero de 1868, 7 Diciembre de 1869, 30 Octubre de 1877, 20 Enero 1887, etc.)

El testamento en tiempo de peste es válido aunque los testigos no lo firmen simultaneamente, pudiendo hacerlo los mismos en días y aún en horas diferentes (ley 8.ª Cód. QUI TEST. FACT., tít. 23, lib. 6.º) Es nulo, aunque se otorgue ante tres testigos varones no rogados, si no consta que se practicaron inutilmente diligencias en busca de otros, aunque esté justificada la no existencia de Notario en el lugar, por más que hubiesen presenciado dos mujeres las manifestaciones del testador (Sent. 11 Diciembre 1855).

Si bien pudiera cuestionarse acerca de la vigencia en Cataluña de la ley romana prohibitiva para los hijos de familia sujetos á la patria potestad romana de la facultad de testar, como no fuera de sus peculios castrense y cuasi castrense, dada la distinta organización de la familia en aquel pueblo y la diferente extensión y fundamento de la actual patria potestad, resulta indudable la improcedencia de la petición de que se haga extensiva dicha prohibición á los hijos que hoy se hallan bajo la potestad de la madre en virtud de la ley de Matrimonio civil y del actual Código, primero, porque se trata de un caso de incapacidad jurídica que por su naturaleza ha de interpretarse restrictivamente; segundo, porque, refiriéndose el Derecho romano á los hijos que se hallaban bajo la potestad del padre, única existente dentro de la familia romana, sería contradictorio y arbitrario hacer extensiva la incapacidad á los hijos que, por las disposiciones legales vigentes, se encuentren sometidos á la potestad de su madre, á la que nunca pudo referirse aquel Derecho, y esto con tanta mayor razón, cuanto que, como queda expuesto, los fundamentos que pudieran abonar la prohibición del Derecho romano no son estimables dentro del orden familiar catalán; y tercero, porque, en todo caso, la potestad concedida á la madre, por el Derecho común, aplicable á todas las regiones de España, hay que entenderla dentro de las condiciones con que se establece, con carácter general, y regula el Código civil, que ha reemplazado á la ley del Matrimonio civil (Sent. 11 de Noviembre 1907).

Respecto del testamento de los impúberes, el padre que tiene en potestad á su hijo impúber puede testar de los bienes de éste para caso de que muera antes de llegar á la pubertad (Inst. § 2.º DE PUP. SUBS. y ley 2.ª Dig. DE VULG. ET PUP. SUBS.) De esto nos ocuparemos al estudiar la sustitución.

También el padre puede testar por su hijo demente. Igualmente trataremos de esto en la sustitución ejemplar.

### Del codicilo

Es un testamento excepcional, menos solemne, en el cual no pueden hacerse toda especie de disposiciones (Inst. § 2.º DE COD.), tales como nombramiento de heredero en primer grado, desheredación, sustituciones, ni quitarse la herencia al heredero testamentario ó *abintestato*, sino ordenando fideicomiso; la institución de heredero y sustituciones hechas en codicilos tienen el valor de fideicomisos (Inst. § 2.º y leyes 6.ª Dig. DE JUR. COD. y 7.ª Cód. DE COD.)

No pueden imponerse en codicilo condiciones al heredero testamentario, ni relevarle de las que se le hubiesen impuesto (ley 4.ª Cód. DE COD. Inst. § 1.º DE COD.) Es lícito hacer más de un codicilo y serán todos válidos en cuanto no se contradigan (leyes 6.ª Digesto DE JUR. COD. y 3.ª Cód. DE COD.) Los codicilos, hechos tanto antes como después del testamento, son un apéndice de éste y, anulado, se invalidarán aquéllos (leyes 3.ª Dig. DE JUR. COD. y 1.ª Código DE COD.); pero los otorgados antes que el testamento no se anulan con éste, á no ser que hayan sido revocados por el mismo (leyes 15 y 16 Dig. DE JUR. COD. é Instit. § 1.º DE COD.)

El heredero *abintestato* debe cumplir las disposiciones codicilares faltando testamento (leyes 3.ª, 8.ª, y 16 Dig. DE JUR. COD.) Los codicilos pueden ser abiertos y cerrados (ley últ. Cód. DE COD.) No es necesario para su validez el cumplimiento de las formalidades internas de los testamentos (Inst. § 3.º DE CODICIL.), y pueden hacerlos los que tienen capacidad para testar (leyes 6.ª y 8.ª Dig. DE JUR. COD.) El testamento imperfecto no vale como codicilo, aún cuando concurren en su otorgamiento las formalidades necesarias, si no hubo otra intención que la de hacer testamento (leyes 1.ª, 13.ª y 20 Dig. *ibid.* y últ. Cód. DE COD.)

### Cláusula codicilar

Suele expresarse en el testamento que, si éste no valiese, quiere el testador que valga como codicilo ú otra especie de última voluntad (ley 1.ª Dig. DE JUR. COD. y últ. Cód. *id.*) En fuerza de esa pre-

vención, vale el testamento como codicilo, si contiene las solemnidades que éste exige, en cuyo caso la institución de heredero se mantiene como fideicomiso (Ibid. y ley 29 Dig. QUI TEST. FAC. POSS.)

## ARAGÓN

Son de sentar estos dos principios: 1.º En este antiguo Reino puede uno morir parte testado y parte intestado, y 2.º Su legislación no exige, en el otorgamiento de las últimas voluntades, ninguna solemnidad extraordinaria, que, al principio, mal hubieran podido cumplirse en una nación que, como dice *El abogado aragonés*, no dejó las armas de las manos durante siete siglos.

Allí el testamento puede ser abierto ó cerrado; al primero de éstos se le llama también público, verbal y nuncupativo y se otorga de dos maneras, ante Notario y dos testigos, expresando el testador ante ellos su voluntad, ó bien entregando una nota escrita, leída y confirmada en el acto por el otorgante (FUERO DE TUTOR ET CURAT.)

A falta de Notario se puede testar de viva voz, en casos urgentes, ante el Párroco y dos testigos veraces y rogados, vecinos de la parroquia, y el Fuero 1.º DE TUTORIBUS permite, cuando no se encuentren los dos testigos, que se otorgue el testamento abierto ante uno solo y, en último extremo, ante una mujer de buena fama; es más, según la Observancia 11 DE TESTAMENTIS, y 26 íd., si el testamento se otorga en despoblado y no hubiere testigos, pueden serlo dos varones mayores de siete años y, en defecto, la mujer de buena reputación á que nos hemos referido, pero con el testimonio, además, del Párroco ó capellán. Por último, los enfermos del Hospital de Ntra. Sra. de Gracia de Zaragoza podían testar nuncupativamente, en opinión de Portolés, generalmente admitida en Aragón, ante el Párroco ó un capellán del Establecimiento.

Todos los testamentos en los que no interviene Notario, están sujetos á la llamada adveración para que sean válidos y surtan sus efectos, cuya formalidad es esencialísima, según se declaró en sentencia de 20 de Marzo de 1866; consiste, según la Real orden de 4 de Febrero de 1867, en la comparecencia ante el Juez de primera instancia correspondiente y del Escribano de actuaciones, del párroco y los testigos que habían intervenido en el testamento, cuyo acto se verifica en la puerta de la Iglesia parroquial, teniendo abiertos los

Santos Evangelios; el Juez interroga á aquéllos, previo juramento que les recibe, acerca de que el testamento se ha otorgado y del contenido del escrito, así como de que fueron rogados, y después de contestar afirmativamente, la autoridad judicial declara testamento el contenido del escrito y dispone que se eleve á escritura pública.

El Juez de primera instancia puede delegar en el municipal cuando el acto haya de celebrarse fuera de la capital de partido, siendo de consignar que, en éste caso, no el secretario del Juzgado municipal, sí que el Escribano de actuaciones es el que interviene con el Juez delegado. Ese actuario levanta acta de la adveración, dando fe de conocimiento de los comparecientes y si no los conociere, debe cumplirse lo prescrito en la ley de Enjuiciamiento civil para elevar á escritura pública el testamento hecho de palabra ó por cédula, en cuya acta han de constar las declaraciones del párroco y testigos, así como las circunstancias exigidas en el art. 1.953 de dicha vigente ley adjetiva.

Antes de la citada R. O., se hacía la adveración con arreglo á lo prescrito por los Fueros 1.º, DE TUTORIBUS, 1.º, 2.º y 3.º DE TESTAMENTIS ó sea constituyéndose el Juez ordinario de la población acompañado de un Notario y de dos testigos con las formalidades arriba expresadas, levantando acta dicho fedatario de todo lo presenciado, insertando en ella el testamento y firmándolo los presentes; si alguna persona manifestaba que el testamento leído era falso, se volvía á leer, jurando los testigos acerca de su verdad; á esto se llamaba readveración.

Dicha R. O. dispone que la adveración se ha de practicar con las solemnidades establecidas por los Fueros ante el Juez de primera instancia y, por delegación, el de paz, hoy municipal, del lugar, con intervención del escribano de actuaciones, no de Notario, por tratarse de un acto de jurisdicción voluntaria; pero en su última regla prescribe que los Registradores de la propiedad admitirán los testamentos hechos *hasta ahora*, así los adverados con arreglo al Fuero aragonés y según la práctica antigua (que era con intervención de Notario ó antiguo escribano), como los elevados á escritura pública sin esa solemnidad foral, conforme á las prescripciones de la ley de Enjuiciamiento civil, siempre que concurren los demás requisitos prevenidos, sin perjuicio de las cuestiones que susciten los interesados ante los Tribunales sobre la validez ó nulidad de tales testamentos.

La adveración debe practicarse en el término de año y día desde que fué redargüido de falso el testamento, so pena de quedar ineficaz; y como en Aragón rige el Código civil, en cuanto no se oponga á aquellas de sus disposiciones forales ó consuetudinarias que actualmente están vigentes, y considerando que nada hay dispuesto en aquel derecho acerca del plazo dentro del cual debe adverarse el testamento no redargüido de falso, es lógico concluir que esta diligencia debe practicarse dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento del testador, puesto que se otorga cuando éste se halla en peligro inminente de muerte, al amparo de la Ob. 10 DE TESTAMENTIS, libro 5.º

Los parientes del testador ú otros pueden redargüir de falso el testamento adverado. (Ob. 25 DE FIDE INSTRUMENTORUM, lib. 2.º y 8.ª DE TESTAMENTIS, lib. 5.º) Es válida la parte adverada del testamento y nula la redargüida de falsa (Fuero DE ADVERATIONE INSTRUMENTORUM, lib. 4.º, que derogó la Ob. 6.ª DE FIDE INSTRUMENTORUM, que declaraba la falsedad de todo el testamento adverado parcialmente.

El testamento redargüido de falso debe ser adverado por todos los testigos que en él intervinieron, y si fuere adverado por la mayor parte y uno lo contradijera directamente, carecerá de tal carácter, pero no se invalida si un testigo manifiesta en la adveración que no recuerda el contenido del testamento (Ob. 15 DE PROBATIONIBUS FACIENDIS CUM CARTA, lib. 9.º, Portolés, SCHOLIA AD MOLINUM). Solo podrá redargüirse de falso el testamento una sola vez, antes ó después de la adveración; así se infiere del Fuero 2.º DE TESTAMENTIS, lib. 5.º)

Por R. O. de 27 de Octubre de 1863, recaída á virtud de consulta elevada al Presidente de la Audiencia por el Registrador de la Propiedad de Zaragoza, se dispuso que, habiendo abolido la ley del Notariado, entre otros privilegios, el de poder testar los enfermos del Hospital de Ntra. Sra. de Gracia, de Zaragoza, ante el capellán, este testamento, para ser inscribible, debe reducirse á escritura pública. Adverado el testamento, cualquiera que sea, constituye documento público inscribible y anotable en el Registro de la propiedad (Real orden de 4 de Febrero de 1867).

El testamento cerrado se otorga ante Notario y dos testigos, firmando uno de éstos por el otro si no supiere en la cubierta, con el testador y el Notario, previa entrega que del mismo se hace á este último, dentro de un pliego cerrado. No se exige la unidad de con-

texto (Ob. 10 DE TESTAMENTIS, lib. 5.º) Igual formalidad debe observarse si el testador manifiesta en el acto que quiere que sea su testamento el papel escrito que se halle en tal lugar ó en poder de tal persona al tiempo de su muerte, (Fuero de 1678), pudiendo ser hecho el testamento con muchos intervalos (Ob. 10 DE TESTAMENTIS). Esta forma de testar es más propiamente la cédula testamentaria, que, para ser válida, el testador ha de manifestar ante el Notario y dos testigos, en el acta de autorización, las señales que tal cédula tenga para que pueda ser identificada al encontrarse en el lugar ó en poder de la persona, después de la muerte. El testamento cerrado y la cédula testamentaria han de abrirse ante el Juez de primera instancia en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil para su protocolización por el Notario.

En apoyo de que existe en Aragón el testamento por comisario, cuyo poder es más amplio de lo que era en Castilla, se citan el principio, por regla de jurisprudencia, *STANDUM EST CHARTÆ* y la Observancia 1.ª DE TESTAMENTIS, donde se lee, *SEU TESTAMENTO FACTO PER ALIUM*; pero estas palabras se refieren al testamento mancomunado de marido y mujer, y parece que, suprimido ese testamento en el Código civil y no figurando establecido expresamente en los Fueros, no debe considerarse subsistente; pero en contra de este sentir está el principio del Derecho aragonés de que aquello que no esté prohibido, debe entenderse permitido, y no hay ningún fuero que prohíba este testamento.

Y puesto que hemos hablado del testamento mancomunado diremos que debe otorgarse con las mismas formalidades que los otros. En la resolución de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 28 de Octubre de 1891 se dice que en Aragón está vigente este testamento.

Disponé la referida Observancia 1.ª que si el marido y la mujer hicieren juntamente un testamento, ora hablen los dos y dispongan á la vez, ora cada uno de por sí, el sobreviviente puede variarlo, respecto de sus legados ó haciendo otras cosas en cuanto á sus bienes; pero no puede hacerlo si unicamente dispone ó testa uno de ellos y el otro no habla ó testa, sino que consiente á la disposición ó testamento hecho por el otro cónyuge, porque, entonces, el que consiente no puede contravenir.

El texto latino de dicha observancia es el siguiente: «Si vir & uxor simul condiderunt testamentum, suum, sive ambo loquantur,

& disponent simul, sive quilibet de per se sua legata, & alia faciendo, superstes quatenus tangit bona sua potest illud mutare, secus si alter eorum tantum disponent seu testetur, & alter non loquatur seu testetur, sed consentiat dispositioni seu testamento facto per alium, quia tunc consentiens non potest contravenire».

Dos formas de testar presenta dicha Observancia, dentro de los moldes del testamento mancomunado, existiendo en ambas un vínculo con mayor ó menor relieve. Con efecto; marido y mujer testan cada uno dentro del mismo documento y su voluntad es irrevocable respecto de los bienes de la sociedad conyugal, pero revocable por el sobreviviente, en cuanto á sus bienes propios objeto de legados ó de otras cosas hechas; esto no quita para que, también, en forma mancomunada puedan modificar el testamento.

La otra manera de testar es si un cónyuge lo hace por sí y, al mismo tiempo, lo hace por el otro, que se halla presente y consiente. En este caso, el que ha otorgado el testamento por sí, puede variarlo respecto de sus bienes, no de los de la sociedad conyugal, porque tocante á éstos es irrevocable, á menos que ambos cónyuges otorguen otro testamento; tampoco puede modificarlo quien consintió que su cónyuge testara por él, también respecto de los bienes de la sociedad conyugal; pero puede hacerlo respecto á los suyos, acerca de los cuales queda en libertad, para que no sea de peor condición que su cónyuge.

El Sr. Sánchez Román, teniendo á la vista la Sent. de 30 de Diciembre de 1882, dice—y á cuyo sentir nos adherimos—que en ese testamento especial, cualquiera de los cónyuges puede revocarlo en cuanto á sus bienes; el de ellos, consentidor de que el otro dispusiese de los bienes de la sociedad legal, no puede, por su parte, revocar tal disposición.

Como se ve, el Fuero aragonés ha procurado hermanar en ese testamento mancomunado el derecho de propiedad de los cónyuges en sus bienes privativos y los de la sociedad legal, que tiene en aquel Reino mayor círculo que en otras legislaciones españolas, así como también ha tendido á evitar que un cónyuge sorprenda al otro con nuevo testamento, siendo así que ambos juntamente lo tenían hecho, pudiendo constituir esto, quizás, una defraudación de lo que se podía esperar.

En su virtud, aquéllos pueden disponer de sus bienes particulares en otro testamento que hagan, no obstante el anterior mancomunado; otra cosa equivaldría á un secuestro de la voluntad, que no

se compadece con el principio liberal en que se sustentan las instituciones jurídicas aragonesas; pero los bienes del consorcio conyugal no están en esa clase; hay una personalidad que es esa sociedad, y habiendo dispuesto de ellos en el testamento mancomunado, ya ambos testadores, ya uno de ellos y consintiéndolo el otro, tal ordenamiento es irrevocable por parte del que lo hizo y por aquel que lo consintió, constituyendo, por tanto, un estado jurídico, contra el que no puede atentarse por la sola voluntad de dichas personas.

El Fuero aragonés no registra expresamente el testamento del ciego; pero su otorgamiento se subordina á las reglas y solemnidades del común, porque donde aquél no distingue tampoco se debe distinguir (Sent. 3 Diciembre de 1877); pero como el ciego no puede otorgar testamento escrito según el Código, creemos que no le es permitido verificarlo de esta manera en Aragón.

Allí el testador puede anular cuantos testamentos tuviere otorgados anteriormente, ya sean abiertos ó cerrados, aún cuando tengan cláusula de irrevocabilidad (Ob. 2.<sup>a</sup> DE TESTAMENTIS), cuya doctrina, en que se ha inspirado el Código al considerar como no puestas las cláusulas *ad cautelam*, no puede tomarse en absoluto, pues, como acabamos de decir, los testamentos mancomunados son irrevocables separadamente por los testadores respecto á las disposiciones de bienes de la sociedad conyugal, conforme á lo dispuesto en la observancia 1.<sup>a</sup> DE TESTAMENTIS.

Los codicilos tienen la misma fuerza y requieren iguales requisitos que los testamentos; diferenciándose de éstos en que el posterior no deroga el anterior más que en aquello que en el mismo expresa (Portoles SCHOLIA MOLINUM V. TESTAMENTUM, núm. 19—Sessé. Decis. 250). De manera que el codicilo es una disposición parcial ó adicional, mientras que el testamento tiene carácter de universal y principal.

### Jurisprudencia

El Derecho foral aragonés autoriza á los cónyuges para testar en forma mancomunada y como el art. 13 del Código civil declara que sus preceptos regirán en Aragón al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, pero solo en cuanto no se opongan aquéllos á sus disposiciones forales ó consuetudinarias actualmente vigentes,

es de evidencia que, á pesar de lo terminante del precepto del artículo 669 del mismo, sigue siendo válido el testamento en Aragón (Resol. 28 Octubre 1894).

### Sucesión contractual

Presenta varias formas de las cuales nos hemos ocupado en el tomo I; pero no estará de más que digamos aquí, que son las siguientes:

1.<sup>a</sup> La hermandad llana, que frecuentemente se pacta por los cónyuges sobre los bienes que aportan al matrimonio y los que después se adquirieran, tanto muebles como raíces; sobre estos últimos puede pactarse, considerándolos como muebles, entrando, de este modo, en la propia hermandad llana, para que á ambos pertenezcan. Pueden establecerse en este contrato las condiciones que tengan por conveniente los cónyuges acerca de esa hermandad y establecerla desde y hasta cierto día.

2.<sup>a</sup> El pacto de agermanamiento ó de casamiento al más viviente; equivale á instituirse herederos universales los cónyuges recíprocamente, si mueren sin descendencia legítima; nacido un hijo queda ineficaz el pacto, pero renace éste si la prole le premuere. El supérstite agermanado puede libremente consumir todos los bienes, y disponer de ellos en última voluntad, pero los no consumidos á su fallecimiento ó de que no haya dispuesto, se dividen por mitad entre los parientes más próximos de los respectivos consortes que vivan al óbito del último (Ob. 19 DE JURE DOTIUM y antigua práctica aseverada por Molino, bajo el epígrafe VIR ET UXOR).

3.<sup>a</sup> Los heredamientos universales y las dotes ó mandas en equivalencia de las legítimas, deferidas ó asignadas en las capitulaciones (Fueros DE TESTAMENTUS CIVIUM etc.) Consistían en ejecutar en estipulaciones convenidas ó con ocasión de matrimonio lo que podían verificar por acto de última voluntad, á saber: la elección por los padres de un heredero entre sus hijos, con tal que diesen ó asignasen á los demás alguna cosa. Esos fueros fueron paulatinamente abandonados, cayendo en desuso, al igual que el que tiene la inicial *Parentes* que integran la Compilación de las Cortes de Huesca de 1247, bajo el reinado de Jaime I. Ese heredamiento universal, regulado en las capitulaciones matrimoniales, se practica

desde hace más de cinco siglos en toda la provincia de Huesca y en los partidos judiciales confinantes con ella de la de Zaragoza, según dice la comisión redactora del proyecto de «Apéndice del Derecho aragonés». Por encima de lo dispuesto en el Fuero PARENTES, que no facultaba á los padres para señalar á cualquiera de los hijos, con perjuicio de la porción correspondiente á los otros, más que un solo don en muebles ó en sitios y aún esto con ciertas limitaciones, según la calidad plebeya ó noble de las familias, está el Fuero de 1393, publicado en las Cortes de Zaragoza por Martín I (DE DONATIONIBUS, lib. 8.º de la Colección vigente), que es el generador de la institución objeto de este estudio. Esos heredamientos universales, por lo mismo que han arraigado en el Derecho consuetudinario aragonés y que alcanzaron la consagración del Fuero de 1398, han merecido la decisiones de la audiencia de Zaragoza, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Doctrina de la Dirección general de los Registros.

## NAVARRA

D. Antonio Morales Gómez dice en su magistral Memoria elevada á la Comisión codificadora, que en Navarra, al menos, en cuatro de las cinco merindades, la organización de la familia y la disposición de los bienes se regula en las capitulaciones matrimoniales, siendo muy poco usados y no teniendo casi importancia los testamentos; y que también se defiere allí la herencia por medio de las donaciones universales PROPTER NUPTIAS. En Navarra, los testamentos son comunes y especiales; los primeros pueden ser nuncupativos ó abiertos y escritos ó cerrados.

El testamento abierto se otorga ante Notario y dos testigos; á falta del primero de éstos puede hacerse ante el párroco ú otro presbítero y dos testigos ó ante tres testigos idóneos en el caso de no haber Notario ó clérigo: cap. 3.º, tít. 20, lib. 3.º del Fuero general, dispositivo de cómo debe hacerse ó atestiguarse y probarse el testamento y cómo la escritura bastará para probarlo. Lo que antes constituía un privilegio á favor de los infanzones, establecido en la ley 10, tít. 13, lib. 3.º de la Novísima Recopilación, prescriptiva de que, no habiendo Escribano autorizante del testamento, podía otorgarse éste á presencia del cura ó de otro clérigo y de dos testigos, y que fueran estos tres, no habiendo clérigo, á base de que no sean parien-

tes ni criados de los herederos ó personas que tuviesen interés en la última voluntad, es hoy un derecho general en aquel reino, porque la materia testamentaria, lejos de ser política, es de derecho civil, y se halla informada en el principio de igualdad.

Cuando alguno está enfermo y hace testamento sin escrito ante cabezaleros, aquél es válido, probándolo éstos, y debiendo reducirse á testamento su declaración con testigos (caps. 2.º, 3.º y 9.º, tít. 20, lib. 3.º del Fuero).

Para que valga el testamento que uno enfermo ó sano hace escribir, habiendo alguno que lo contradiga, deben los cabezaleros acudir á la puerta de la Iglesia y leerlo á presencia del reclamante y de los otros hombres buenos dando testimonio de ser aquélla la voluntad del testador; cosa que habrá de hacerse empleando la siguiente fórmula legal: «Nos, testimoniamos en esta guisa delante de Dios y sobre nuestros ánimos que *fulano* que es muerto, delante de..... nos mandó, é hizo escribir el testamento de esta guisa, y rogonos y nos estableció por cabezaleros;» «esto dicho, el testamento queda confirmado, pues los cabezaleros por fuero non facen otro sacramiento ó sea juramento» (cap. IV título y Fuero citados).

Prescribe el cap. 5.º del Fuero que si los testigos ó cabezaleros estuviesen enfermos y no pudiesen ir á la Iglesia porque se sabe que hace tres días que no iban, pueden dar su testimonio en el lecho; pero, estando sanos, deben ir á la puerta de la Iglesia, poniéndose de espaldas á la pared y decir á Dios y sus almas, sin otro sacramiento; pero los testigos deben jurar.

Se puede testar en despoblado por muerte repentina ó por herida en desafío ó pelea, sirviendo de cabezalero todo hombre bueno ó buenas mujeres y el capellán; pueden ser testigos los mayores de siete años de edad; si fuere párroco valdrá por dos y lo mismo el clérigo, no estando difamado, y no habiendo este último, serán necesarios tres testigos que no sean parientes ni criados de los que tuvieran interés en el testamento.

### Testamento de hermandad

La ley 41 de las Cortes de Pamplona de 1766 dispuso que para el caso de morir cualquiera de los testadores no podía el sobreviviente revocar, bajo pena de nulidad, dicha última voluntad, ni aún cuando se refiera á sus propios y privativos bienes. Por ese testa-

mento que otorgan marido y mujer ó cualesquiera otras personas, muerto uno de los otorgantes, el sobreviviente no lo puede revocar, ni en cuanto á lo suyo privativo, como tampoco cabe esa revocación en vida de los testadores sin el consentimiento de todos; pero cualquiera de los cónyuges, viviendo ambos, puede revocarlo en sus propios bienes, con noticia y sabiduría del otro.

Ese testamento de hermandad constituye una ley, dada su irrevocabilidad, como declaró la Sent. de 21 de Febrero de 1896, la cual añade que se abre la sucesión respecto de cada uno de los testadores, á medida que mueren, y á cuya época, por tanto, ha de esperarse para llevar á efecto lo dispuesto por los sobrevivientes, respecto á sus propios y privativos bienes, á no ser que en el mismo testamento hubieran dispuesto, de común acuerdo, lo contrario.

El testamento de hermandad en Navarra es mucho más absoluto que el mancomunado de Aragón, pues mientras en éste los cónyuges pueden revocarlo respecto á sus bienes particulares, en aquél no cabe esto último; constituye, realmente, una legalidad ineludible fallecido uno de los cónyuges, y, aún viviendo ambos, si el otro no tiene noticia ó no es sabedor de la revocación, constituyendo, por tanto, una forma de la sucesión contractual, con la extensión expuesta anteriormente.

Además, existe en Navarra el testamento cerrado, que se otorga, como prescribe el Derecho romano, por el que sabe escribir, ante siete testigos con el Notario; de modo que sobre la carpeta, dentro de la cual ha de colocarse el pliego, deben aparecer ocho firmas, además de la del Notario; si alguno de los testigos no supiere firmar, lo harán los otros á sus ruegos y, en caso de no haber Notario, bastan los siete testigos.

#### Del abonamiento

Equivale á la *adveración* exigida en Aragón. Antes de la ley de Enjuiciamiento y por disponerlo el Fuero, había de hacerse ante los alcaldes de la respectiva jurisdicción ó los más cercanos, citando y llamando á los que hubieren de suceder abintestato y á los interesados, siendo nulos, sin ningún valor ni efecto, los que se hicieren de otra manera.

Son objeto de abonamiento los testamentos en que no haya intervenido Notario, y, para elevarlos á escritura pública, deben compa-

recer los testigos y el párroco en su caso, ante el Juez de primera instancia, practicándose las diligencias establecidas en el tít. 6.º, libro 3.º de la ley de Enjuiciamiento civil, citando y llamando á los herederos abintestato ó interesados, por término de treinta días, por edictos que se han de fijar en las puertas de la Iglesia y sitios de costumbre. Dispone la ley 9.ª, tít. XIII, lib. 3.º de la Novísima Recopilación de Navarra que el abonamiento deberá hacerse dentro de un año después de la muerte del testador, quedando nulos en caso contrario.

### Codicilos

Se otorgan estas disposiciones menos solemnes de última voluntad, conforme á lo prescrito por el Derecho romano, supletorio allí en primer grado.

## VIZCAYA

También se clasifican allí los testamentos en comunes y especiales, subdivididos los primeros en nuncupativo ó abierto y cerrado ó escrito. El nuncupativo se otorga, como en Cataluña, Aragón y Navarra, ante Notario y dos testigos, y no puede ser revocado en cuanto á la institución de heredero, mas que por otro, del mismo modo hecho, y caso de probarse testificalmente la voluntad de revocarlo, tal revocación solo será válida respecto de las mandas y legados (ley 2.ª, tít. 21 del Fuero).

También puede otorgarse el testamento, por no hallarse Notario, ante dos testigos solamente, pero éstos, según dispone el Fuero, deben ser llamados y rogados, y caso de no existir varones, puede serlo una mujer; esta particularidad se debe á que Vizcaya es tierra montañosa y los vecinos y moradores de ella—palabras del Fuero—moran desviados unos de otros, y al tiempo que alguno tiene necesidad de hacer testamento no tiene Escribano público, ni testigos, tantos, cuantos requiere el Derecho. Dentro de los sesenta días de la muerte del testador han de comparecer los testigos ante el Juez para prestar declaración, cumpliéndose las formalidades prescritas por la ley de Enjuiciamiento civil, para elevar á escritura pública el testamento otorgado de palabra ó por escrito. Caso de que ese tér-

mino resulte insuficiente, porque los testigos estén fuera del Condado, probada su ausencia de él, el Juez puede acceder á nuevas prórogas de dicho plazo. Añade la propia ley, refiriéndose á la declaración de los testigos, lo siguiente: «tomándolos de otra manera no hagan fees, segúnd dicho es: y si de nuevo la parte los quisiere reproducir lo puede hacer en la forma que dicha es y dentro del mismo término: Con que el registro original, y lo que se oviere dado de ello, se rompa y rasgue primero, ante, y en presencia de los mismos testigos: Y así rasgada, que puedan deponer la verdad de lo que saben» (ley 4.<sup>a</sup>, tít. XXI).

Creemos que esta última parte de dicha ley no está en vigor, porque en lo relativo á elevar á escritura pública este testamento, llamado *ilburuco*, rige la ley de Enjuiciamiento civil, que no autoriza se rasgue ninguna declaración.

Discútese acerca de si ese testamento puede otorgarse en un centro de población, no estando enfermo el testador. De acuerdo con el Sr. Sánchez Román, que cita dichas palabras del Fuero, creemos que en cualquier tiempo y sitio se puede otorgar dicho testamento, que deberá elevarse á escritura pública dentro de los sesenta días siguientes á la muerte del testador, si el heredero y testigos están en Vizcaya, contándose ese plazo, en otro caso, desde el día en que hayan vuelto, pues al autorizar el Fuero la prórroga, lo hace con el fin de que el Juez, apreciando las justas causas—así al menos lo entendemos—pueda procurar porque surta efecto el testamento.

También existe allí el testamento por comisario. Cuando alguno faculta á otra persona para testar en su nombre después de muerto, si éste hubiese dejado hijos ó parientes impúberes, de manera que no puede elegir á los que convenga, ó sean más idóneos para herederos ó regir toda la casa, el comisario deberá hacer la institución dentro del año siguiente de haber salido de la menor edad los hijos ó parientes y estén en disposición de poderse casar. Si dichos sucesores estuviesen en edad de contraer matrimonio al tiempo de morir el testador, dentro del año y día siguiente, el comisario deberá hacer la institución de heredero. Si fueren varios comisarios y durante el plazo legal falleciere alguno sin hacer la institución, puesto que las facultades de aquéllos son *IN SOLIDUM*, pueden cumplir el encargo los que sobrevivan (ley 3.<sup>a</sup>, tít. XXI del Fuero, que no limita—como lo hizo la ley de Toro—la capacidad del comisario).

También existe en Vizcaya el testamento mancomunado que otorgan los cónyuges disponiendo cada uno, ó lo otorga cualquiera

de ellos aprobándolo ó ratificándolo el otro durante la vida del que testó. Si éste muere dentro del año y día de la fecha del testamento, el sobreviviente no puede revocar las disposiciones ni aún respecto de sus propios bienes, si resultan hechas á favor de otras personas, como tampoco puede disponer de ellos, ni aún por deudas que contraiga y sí tan solo del usufructo de su mitad, sin daño de su propiedad, por todo el tiempo que viviere, á su voluntad. Viviendo esos cónyuges más de año y día después de otorgado el testamento, éste es revocable en la forma ordinaria, pudiendo aquellos disponer de lo que les pertenezca.

Tocante al testamento cerrado y los especiales privilegiados, puesto que el Fuero de Vizcaya no los regula, rige allí el Código civil, lo mismo que respecto del ológrafo, pues aquella Legislación solo contiene las cuatro leyes expuestas, supliéndolas dicho cuerpo legal.

## BALEARES

Mediante que, según dispone el art. 13 del Código civil, obliga éste en la región balear, cuyo derecho supletorio, constituido por el romano, ha sido proscrito, rigen allí sus disposiciones en orden á la forma de los testamentos.

### De la capacidad para testar

Vamos á ocuparnos de la testaméntificación activa en la Legislación foral, materia de gran importancia, y en la cual se advierten profundas diferencias entre sus disposiciones y entre éstas y las del Código civil.

## CATALUÑA

A los 14 años el varón y á los 12 la hembra ó sea desde que entran en la pubertad, pueden, respectivamente, el varón y la hembra otorgar testamento, si se hallan en completo y cabal juicio y no tienen ningún impedimento (ley 1.<sup>a</sup> Dig. QUI TEST. FAC. POS.) El testamento hecho en el mismo día en que el varón cumple los 14

años y la mujer los 12, es válido, como hecho en la pubertad (ley 5.<sup>a</sup> Digesto ídem).

Los hijos de familia no pueden testar, á menos que dispongan solamente de los bienes castrenses y cuasi castrenses (leyes 16 Digesto íd., 11 y 12 Cód. QUI TEST. FAC. POS.; 43 Dig. DE TEST. MILIT.; Instit. § 1.<sup>o</sup> QUIB NON EST PER.)

De manera que el testador debe ser persona SUI JURIS, y tan cierto es esto que si pierde esta condición por la adopción, queda nulo el testamento que otorgara (Inst. § § 4.<sup>o</sup> y 6.<sup>o</sup> QUIB. MOD. TEST. INFIR.; Inst. § 1.<sup>o</sup> QUIB. NON. TEST. PER. FAC. TEST.; y ley 6.<sup>a</sup> Digesto QUI TEST. FAC. POS.) Sin embargo, aquél recobrará su fuerza y valor si antes de morir el testador hubiese vuelto á adquirir éste la cualidad de padre de familia, mientras conste su voluntad de que valga (Inst. § 6.<sup>o</sup> íd.; Dig. ley penal DE BON. POSS. SEC. TAB.)

Los faltos de juicio no pueden testar sino en los lúcidos intervalos de razón (ley 9.<sup>a</sup> Cód. QUI TEST. FAC. POS.), y, según jurisprudencia, se presume otorgado el testamento en estado de demencia en el caso de que sea habitual. También tienen incapacidad los declarados pródigos (ley 18 Dig. QUI TEST. FAC. POS.) Los sordomudos solo pueden testar si saben escribir (leyes 7.<sup>a</sup> Dig. íd. y 10 Cód. íd.); y, según el § 3.<sup>o</sup>, tít. 12, lib. 2.<sup>o</sup> de las Instituciones de Justiniano, se tiene por mudo al que no sabe hablar absolutamente (Sent. de 6 de Diciembre de 1867). Tampoco puede testar el que ha contraído matrimonio incestuoso, á no ser que disponga en favor de sus próximos parientes (ley 6.<sup>a</sup> Cód. DE INCEST. ET INUT. NUP.) Tampoco podían hacerlo los condenados á muerte y los herejes y apóstatas, lo cual no está vigente ante lo dispuesto en el Código penal respecto de los primeros en y la Constitución del Estado en cuanto á los segundos.

No se anula el testamento otorgado por una persona capaz aunque después le sobrevenga alguna causa de incapacidad (Instituta § 6.<sup>o</sup> QUIB. MOD. TEST. INFIRM. y ley 1.<sup>a</sup> Dig. DE BON. POS. SEC. TAB.) El testamento nulo por la incapacidad del testador al tiempo de su otorgación, no se revalida aunque después haya cesado aquélla (ley 1.<sup>a</sup> citada).

Conócese en Cataluña el testamento llamado de los impúberes, que fué regulado por la Inst. tít. 16, lib. 9.<sup>o</sup> y ley 2.<sup>a</sup>, tít. 6.<sup>o</sup>, lib. 28 del Digesto, que reconociendo al padre la facultad de testar por su hijo, prescribió que el primero también tenía que testar por sí, siendo nulo el del impúber si era nulo el de su padre, excepto en el

caso de que la nulidad del de este último se fundase en la preterición ó desheredación sin causa justa, pues entonces subsistía el testamento del hijo, lo mismo que si, siendo instituído éste en el de su padre, no aceptaba la herencia, entendiéndose, en este caso, separada ésta de la del hijo. Ocurriendo esto, el heredero del hijo quedaba únicamente obligado á las cargas y obligaciones de su causante y no á las del padre de éste, según disponen las leyes 22, tít. 2.º, lib. 29, y 44, tít. 1.º, lib. 42 del Digesto.

Como se ve, testando el padre por sí y por su hijo á la vez, se transmitían al heredero ambas herencias con las cargas y obligaciones de las mismas, y de tal manera estaban adheridas esas últimas voluntades manifestadas por el padre, que la nulidad del testamento de éste llevaba consigo la del hijo, excepto en el caso de preterición ó de desheredación sin justa causa; entonces, lo mismo que cuando el hijo no aceptaba la herencia del padre, surgía la separación de las sucesiones, y el heredero del hijo no venía obligado á otras cargas y obligaciones que á las de su causante.

En Cataluña se ha aceptado este testamento, pero no en absoluto. Con efecto, según la ley 6.ª, tít. 2.º, lib. 5.º del Digesto, el padre testador puede excluir á la madre del impúber de su porción legítima, cosa opuesta al Derecho natural. Prescribe la ley 3.ª, tít. 2.º, lib. 6.º, vol. 1.º de las Const. de Cat., que el padre viene obligado á disponer de los bienes del impúber de la procedencia de la madre á favor de los parientes de éste dentro del 4.º grado.

En el capítulo anterior nos hemos ocupado del heredero de confianza. Diremos aquí, únicamente, que es costumbre en el principado catalán que los maridos nombren herederas, durante su vida, á sus consortes, con facultad de elegir heredero á aquél de los hijos de ambos que mejor les parezca, ó de distribuir los bienes entre los hijos comunes haciendo la institución con los vínculos, partes y condiciones que tengan por conveniente; también puede el otorgante hacer la distribución de su herencia para el caso de que la mujer fallezca sin hacer tal elección de heredero. Esta costumbre ha sido sancionada por el Tribunal Supremo en Sents. de 12 de Diciembre de 1862, 22 de Octubre de 1864 y 30 Junio de 1866. Hecha la elección de heredero en documento solemne no puede ser revocada por quien la llevó á cabo; produce todos sus efectos, pues no tiene carácter de donación y sí es parte del testamento del marido.

## ARAGÓN

Pueden testar los mayores de 14 años sin distinción de sexo; los locos en los momentos lúcidos; los ciegos, los sordomudos y los pródigos que no fueran insensatos, siempre que unos y otros puedan manifestar su voluntad. Los clérigos seculares, respecto de todos sus bienes sin distinción, y los religiosos que, por efecto de la excomunión, recobraron su estado civil jurídico (Fuero único *UT MINOR VIGENTI* etcétera que señala la edad de 14 años para testar y Sent. de 3 Diciembre de 1878), según la que no está prohibido otorgar testamento ni al ciego, ni al sordo, ni al mudo, con tal que se sujeten á las reglas de los testamentos comunes. El que alegue la nulidad del testamento por causa de herencia, debe probarla, además del testimonio de los testigos y del Notario que intervinieron en el testamento, por el de cualesquiera otros (Ob. 11 DE PROBAT.)

## NAVARRA

Pueden testar todos los que no tienen prohibición para ello; según el Fuero, podía hacerlo el mayor de siete años, pero el Amejoramiento restringió esta facultad, concediéndola tan solo al varón que tuviere 14 años cumplidos y á la mujer que hubiere llegado á los doce, pudiendo uno y otra disponer libremente de sus bienes, sin distinción de peculio, ni necesidad de licencia ó autorización de sus padres.

En Navarra, puesto que rige el Derecho romano como supletorio, son allí aplicables las disposiciones de éste, que hemos señalado al tratar de la legislación de Cataluña, menos en aquello á que nos hemos referido anteriormente.

## VIZCAYÁ Y BALEARES

Son aplicables á estos territorios las disposiciones del Código civil en lo relativo y la capacidad para testar.

### De los testigos

Al estudiar las formas de los testamentos en las legislaciones forales hemos hablado de la capacidad de éstos y del número en que se exigen; huelga repetirlo ahora, debiendo significar que, en todo lo expresado en aquéllos, es de aplicación el Código civil, como suplementario. Pero esto tiene una excepción que se refiere á Cataluña, donde no son aplicables los arts. 681 y 687 del Código civil. Ni estos preceptos, ni la ley del Notariado, ni la Jurisprudencia del Tribunal Supremo han introducido novedad respecto de las cualidades que deben concurrir en los testigos que intervengan en el testamento (Sent. 8 Junio 1904). Esta, dice, además, que en los Usatges, Constituciones y leyes vigentes en Cataluña, no se prohíbe que los escribientes ó amanuenses de los Notarios puedan ser testigos en los testamentos autorizados por éstos, porque la razón de las prohibiciones establecidas en esa legislación foral, no es la de mera dependencia, sí que la de subordinación entre el que manda y el que debe obedecer, y no porque el Código prohíba á los amanuenses ser testigos, puede hacerse aplicación de esto, y porque las incompatibilidades referentes á los jurados y sustitutos de Notarios á que alude el Derecho catalán, nada tienen que ver con tal incapacidad concreta. Añade dicha sentencia que, aún cuando no sea plausible y sí, por el contrario, digna en general de censura la costumbre de que los Notarios se valgan de sus amanuenses para el otorgamiento de los testamentos en que intervienen, siquiera aparezcan rogados por los testadores, atendida la desconfianza que puedan inspirar tales testigos, no hay méritos para declarar nulos dichos testamentos.

### Código civil

#### De la capacidad para testar

Pueden testar todos aquellos á quienes la ley no lo prohíba expresamente: art. 662, que tiene su precedente en la ley 13, tít. 1.º, Part. VI, dispositiva de que *todos aquellos á quien non es defendido por las leyes deste nuestro libro, pueden facer testamentos*.

En el texto de dicho art. del Código, y en el de la ley Alfonsina,

palpita un concepto sugestivo, á saber: que el derecho de testar no emana del Legislador; éste lo que hace es prohibir expresamente su ejercicio en ciertos casos, como veto ó defensa en interés del mismo testador, falta de capacidad y de ciertas personas á las cuales deben ir los bienes por sucesión intestada. Y tan cierto que esa facultad es de Derecho natural, derivada del *JUS DISPONENDI*, que solo caben las prohibiciones *expresamente* establecidas en las leyes, nunca las supuestas, ni menos las impuestas por la voluntad individual, en forma de pactos ó de contratos.

Todos los hombres, cualquiera que sea su condición ó clase, religión y nacionalidad, con tal que no se hallen comprendidos en los dos casos del art. 663, tienen la testamentifacción activa, esto es, la facultad de otorgar testamento, que radica en la personalidad humana y no está sometida á condición de tiempo ni de lugar.

El Código se ha separado de la doctrina romana que solo concedía al ciudadano y al *SUI JURIS* la facultad de testar; el hijo de familia solo podía disponer de su peculio, como se ha dicho al estudiar la Legislación catalana.

Son incapaces para testar los menores de 14 años de uno y otro sexo y los que habitual ó accidentalmente no se hallen en su cabal juicio (art. 663). Estas son las prohibiciones absolutas; además está la relativa, incluida en el art. 688 de que para otorgar testamento ológrafo se requiere ser mayor de edad, y á fe que esta prohibición ha merecido la censura de ciertos escritores jurídicos; nosotros la alabamos, porque, permitiérase otorgar testamento ológrafo al menor de edad, falta de presencia de ánimo cuando se tiene la muerte por delante ó, al menos, es supuesto para disponer, y del valor para sustraerse á exigencias, imposiciones y coacciones morales y hasta halagos ante los que se rinde la juventud, y abriríase, de fijo, el portillo á la maldad, dejando que el menor otorgase testamento á veces rodeado de la amenaza, sin que un funcionario público, con testigos, ó éstos solamente, en casos excepcionales, apreciando la capacidad legal del testador, recogieran solemnemente su voluntad al abrigo de toda insidia.

«Los niños no han entendimiento cumplido», dicen las Partidas y, por esto, se prohíbe testar á los menores de 14 años.

¿Qué razones, aparte las tradicionales, ha tenido el Código para haber señalado una edad tan prematura, como es la de los 14 años sin distinción de sexos? Antes de contestar á esta pregunta, es de significar que aparece cierta contradicción en la norma seguida por

el Legislador, equiparando los dos sexos en cuanto á la capacidad para testar, y distinguiéndolos en lo referente á la celebración del matrimonio, que pueden contraerlo los varones á los 14 y las hembras á los 12 años. Tal contradicción no existe, porque si uno de los fines del matrimonio es la procreación, la mujer, por regla general, es núbil á los 12 años, es decir, tiene aptitud genésica, en tanto, que el hombre, para tener ésta, ha de contar 14 años. Para otorgar testamento se requiere cierto grado de inteligencia, que se tiene indistintamente en los dos sexos, á los 14 años, y ciertamente que no debiera ser ésta la edad para testar, pues un acto tan trascendental requiere, en quien lo realiza, un estado mayor de conciencia, constituido por un entendimiento desarrollado y una voluntad resuelta.

A esta observación se objetará que la edad para testar no puede ser la misma que la exigida para contratar, y como *mínimum* de ésta, la de 18 años fijada para la emancipación voluntaria, habida cuenta á que el testador puede volver contra su acto, revocándolo, cosa que el enajenante no puede hacer, por regla general, si lo ha producido válidamente; distinción fundada en la diversa naturaleza de tales fenómenos jurídicos, exigentes, en quien los causa, de distinta consideración ante la ley.

Aún cuando es muy cierto todo esto, no puede negarse que el hombre, á los 14 años, carece del suficiente desarrollo de inteligencia y de voluntad para poder testar, como tampoco lo tiene á los 15 (edad señalada por el Fuero Juzgo, porque se adquiriría entonces la mayoría de edad), y si bien no debe fijarse á los 23, que es cuando, según el Código, se tiene la capacidad plena para contratar, debiera fijarse la de 18 años, que es cuando uno puede regir su persona y bienes por causa de emancipación voluntaria.

Ordenó la base 15 de la ley de 11 de Mayo de 1888 que del tratado de sucesiones se mantuviera en su esencia la legislación entonces vigente, entre otras cosas, en lo relativo á la capacidad para disponer y adquirir por testamento; en su vista, la Comisión redactora del Código no podía separarse de aquel precepto terminante, aconsejado quizás por dos razones, una de política legislativa y otra de interpretación sistemática. Esta última, que es la de procurar por el ejercicio del *JUS DISPONENDI*, solo puede prevalecer en la región de los principios; la misma práctica nos enseña que son rarísimos los casos en que á los 14 años se testa, y es que el pueblo tiene un sentido de la ley verdaderamente positivo, y aún cuando el legislador otorga ese derecho, apenas si de él se hace uso.

La otra razón de política legislativa parécenos más fundada.

No se podía romper con la tradición, y al mismo tiempo era obligado buscar puntos de contacto entre la Legislación general y la excepcional, constituida por los fueros, para que pueda llegar el deseado día de unificar el Derecho civil español, respetándose algunas instituciones con razón de ser en los territorios aforados, y claro que como la edad de los 14 años para testar es la general en España, porque ya la estableció el Derecho romano, no era cosa de elevarla, pues constituiría esto un potísimo obstáculo para la realización de ese empeño jurídico nacional.

En orden á la incapacidad por razón de demencia, diremos que difícilmente se pueden determinar los límites del sano juicio y el punto de partida de esa incapacidad, que, para algunos tratadistas, no solo debe ser la locura y la imbecilidad, sino hasta aquellas otras afecciones ó dolencias que, momentaneamente, nublan y perturban la inteligencia, tales como la monomanía, el sonambulismo, la epilepsia, la embriaguez, la sugestión, la cólera y otros estados pasionales, privadores de la libertad interna del individuo.

Adviértase que el Código no dice que está incapacitado para testar el imbécil ó el loco, sino el que habitual ó accidentalmente no se halle en su cabal juicio; si esto se demuestra, el testamento que otorgue es nulo, pues el Legislador no tenía porqué entrar en los dominios de la Ciencia médica, señalando las perturbaciones que accidentalmente pueda sufrir el juicio por causa de enfermedad ó por desarreglo nervioso, ó por motivo pasional; esto constituye materia de prueba, y demostrándose que el testador se produjo fuera del estado de juicio, su última disposición no surtirá efecto, pues como dicen los escolásticos, *NIHIL VOLLITUM QUID PRECOGNITUM*, nada es querido sin ser previamente conocido, y como el que testa sin tener juicio ó lo tiene perturbado, no sabe lo que se hace, el testamento que en ese estado anormal otorgue no pasará de ser una superchería.

El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido (art. 664); igual principio sustentó la ley 1.<sup>a</sup> tít. 11, lib. 37 del Digesto. De manera que aunque el testador se vuelva demente ó loco, es válido el testamento que otorgara en cabal juicio. Pero ese demente puede tener un intervalo lúcido, un crepúsculo de su razón y no debe prohibírsele su derecho natural de testar; pero hay que condicionarlo, y á esto conduce el art. 635, disponiendo que, en ese estado, designará el Notario dos facultativos que previamente le

reconozcan y solo podrá otorgarlo cuando éstos respondan de su capacidad, de cuyo dictamen dará fe aquel funcionario en el testamento que suscribirán los facultativos, además de los testigos.

Bajo la locución «demente» deben comprenderse todas las clases de locura en sus diversos accidentes y manifestaciones: el idiotismo, la parálisis cerebral, y, en suma, incluso la monomanía, porque, si bien ésta se circunscribe á un asunto determinado, acusa un desarreglo en el funcionamiento mental, en el que padecen, como dicen los alienistas, las células rectoras, distintas de las automáticas, integradoras ambas del maravilloso órgano de la inteligencia.

A PRIORI no puede precisarse lo que debe entenderse por intervalo lúcido; unos lo definen como una simple disminución del mal; otros, como una especie de curación pasajera y algunos, como Troplong y Manresa, la perfecta curación. El Código no podía entregarse á este discernimiento técnico; sienta la regla de que, cuando el demente trate de otorgar testamento en ese estado, se tomen las precauciones y garantías antes indicadas; si ese testador estaba en su cabal juicio, según dictamen facultativo, el Notario no puede negarse á autorizarlo. Poco importa que aquél, después de ver la luz de la razón, haya caído en la obscuridad, efecto de su dolencia; claro está que, en estas circunstancias, puede impugnarse el testamento. Los Tribunales, como dice la Sent. de 7 de Junio de 1893, deben admitir, además de aquél dictamen, otras pruebas acerca de la capacidad del testador, decidiéndose en virtud de ellas la cuestión litigiosa. Y puesto que hemos citado la jurisprudencia del Supremo, no estará de más indicar la de 25 de Octubre de 1901, en pleito donde se discutía la nulidad de los testamentos otorgados, uno días antes y otro después de comenzado á instruir el expediente de declaración de incapacidad del testador. El Supremo mantuvo la validez de ambos, porque sin estar judicialmente declarada la incapacidad mental de una persona, no puede reputársela en estado permanente de demencia, sin que pueda aplicarse el art. 665 del Código que constituye una excepción á la regla general, ni el Notario venga obligado á llenar aquella formalidad.

A juzgar por el contenido del art. 665, el demente, declarado como tal, solo puede otorgar testamento ante Notario y no en forma olográfica, ó ante testigos solamente en casos excepcionales, pues, faltando aquel funcionario, no hay términos hábiles para darse las garantías exigidas por dicho ordenamiento. Aunque nos parezca demasiado dura esta interpretación, que hace decir á la ley lo que

calla, parece lógico, y así erróneamente opinamos en las contestaciones al programa de oposiciones á Registros, que si se prueba en el juicio correspondiente, con los elementos de convicción aportados al pleito, que el testador ordenó su voluntad en un lúcido intervafo, puesto que él no tiene culpa de que no se levantara, IPSO FACTO, la incapacidad á que estaba sujeto, el testamento debe ser válido, porque lo que la ley prohíbe es que se teste en estado de demencia y debe cumplirse aquella, máxime cuanto que el art. 665 tiende solo á preparar prueba sin perjuicio de los que los Tribunales declaren á virtud de contienda judicial.

No obstante este sentir, está el art. 687 que declara nulo el testamento otorgado sin las formalidades respectivamente establecidas, y como entre éstas se hallan las garantías exigidas en el 665, es visto que, no pudiendo omitirse, el declarado demente solo puede otorgar testamento ante Notario, con el dictamen facultativo, etc.

Dispone 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. Ese estado no es el constituido por una resolución judicial de incapacidad, sino el real de capacidad al tiempo de testar, no el de su muerte, ni á los dos á la vez. Los que sostienen esto último fúndanse en lo prescrito en la Legislación romana y en nuestro antiguo Derecho, y en que, como la voluntad es ambulatoria, se supone que la última es la que se tiene al morir, y que si en ese momento el testador no tenía capacidad, no puede decirse que *mortis causa* transmita sus bienes. Esto pugna con el carácter del testamento; otorgado, tiene su perfección porque la voluntad consciente y libre, con arreglo á la ley lo ha generado, perfección que es distinta de la del derecho sucesorio, que tiene por punto de arranque el testamento y por el de efectividad, el fallecimiento del causante, sin que pueda alegarse que pudo el testador, caído después en incapacidad, revocar ó modificar su testamento; lo presumible es que quiso mantenerlo, de haber gozado de cabal juicio, pues cuando lo tuvo, nadie le obligó á testar y sería, además, injusto que la desgracia consiguiente á la incapacidad afectare á los derechos adquiridos por el testamento, cuyos interesados son ajenos á ella y no deben sufrir el perjuicio consiguiente, por abrirse en tal caso la sucesión intestada.

Si el testador es incapaz en el momento de ordenar su voluntad, el testamento será nulo, aunque luego recobre la capacidad, pues lo que fué nulo en su origen no puede convalecer con el tiempo?

El art. 668 se halla informado en lo dispuesto en la ley única, tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá, de no ser ya necesaria la institución de heredero, como siglos antes de darse aquélla no era necesaria en Barcelona. Consecuencia de ello es que el testador puede disponer de sus bienes, á título de herencia ó de legado; esto consagra el respeto á la voluntad libre de aquél para transmitir sus bienes á título universal ó á título singular. En la duda, aunque no haya usado materialmente la palabra *heredero*, pues el nombre no hace á la cosa, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha á título de herencia.

Si el testador invierte todo su caudal en legados á favor de personas determinadas, si bien los legatarios no adquieren la cualidad de herederos ni pierden su condición jurídica por no existir estos últimos, contraen, sin embargo, determinadas obligaciones, pues según dispone el art. 891, son prorrateables entre ellos, á proporción de sus respectivas cuotas, las deudas y gravámenes de la herencia; si no fuera así quedarían perjudicados los acreedores, quienes no tienen culpa de que el testador haya dejado de hacer la institución de heredero.

Si se hubiesen hecho los legados en favor de persona indeterminada ó incierta, la disposición será nula, con arreglo al art. 750, á menos que por algún evento pueda resultar cierta, sin que puedan considerarse personas inciertas las que se expresen con su nombre genérico de parientes del testador, porque entonces recae la disposición en favor de los más próximos en grado (art. 751). Dice Manresa que persona incierta es aquella de que no se hubiese formado una noción precisa el testador y persona desconocida, la ignorada ó aquella de que no se tiene conocimiento; este comentarista explica estos conceptos aplicando lo que dice la Instituta: *NUNQUAM TESTATOR VIDIT HÆREDES INSTITUI POSSUNT*.

Si la institución se hubiere hecho en favor del alma del testador y en el supuesto de que haya designado albacea, éste ó el que, en su caso, hubiera de nombrarse, debe cumplir la voluntad de aquél si no se opone á la ley ni á la moral, y si hubiere dispuesto de sus bienes para sufragios y obras piadosas, se aplicará lo dispuesto en el art. 747.

Cuando el testador llame al goce de sus bienes á los pobres en general, es aplicable el art. 748, que no entraña ni el heredamiento de confianza ni el fideicomiso, sin que dicho precepto esté en contradicción con el 671; pero sí ha modificado, en parte, el 1.101 de la ley

mitirse esto, tendríamos que entraría *de tapujo* en el Código el proscrito testamento por comisario.

Esto último es muy distinto de lo dispuesto en el art. 671, que faculta al testador para 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 á quienes aquéllos deben aplicarse. Y puesto que ese art. 671 es excepción del 670, debe tomarse literalmente; supone que no se haya hecho institución de heredero ó legatario nominalmente, y que el tercero no ha de entregar bienes, sino cantidades dejadas, en general, á clase determinada; estas clases son el género y, dentro de ellas, los parientes, los pobres ó los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas ó establecimientos compete verificarla al tercero que hubiese obtenido tal encargo, pero siempre bajo el supuesto de que se trate de cantidades, sin que veamos que ese artículo tenga sus precisos precedentes en la ley 3.<sup>a</sup>, tit. 10, Part. 6.<sup>a</sup>, pues mientras ésta permitía apoderar al testamentario para que éste, *según su albedrío*, partiese á los pobres los bienes que aquél no dejara á personas ciertas, el texto del Código solo autoriza la distribución de cantidades, aún cuando para conseguirse esto haya necesidad de que se vendan bienes.

Es de citar la Sent. de 1.<sup>o</sup> de Diciembre de 1899, de que es válida la disposición del testamento que faculta á los albaceas para recompensar, como mejor estimen, á los sirvientes del testador, por autorizarlo el art. 671.

Toda disposición que sobre institución de herederos, mandas ó legados haga el testador, refiriéndose á cédulas ó papeles 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. Así lo prescribe el art. 672 que no autoriza las cédulas testamentarias surgidas por la costumbre y sancionadas por la ley de Enjuiciamiento civil y la jurisprudencia. Como quiera que fueron motivo ú ocasión de abusos y piedra de escandalosos fraudes, muchas veces, el Código ha hecho bien en proscribirlas; pero como ha introducido el testamento ológrafo, si en esas cédulas ó papeles concurren los requisitos prevenidos para este último, no puede por menos que reconocerles validez, nunca cuando en ellas se omite la expresión del año, mes y día de su otorgamiento (Sent. 29 Septiembre de 1900). Y como esas cédulas están igualadas

de Enjuiciamiento civil, pues si el otorgante hubiese prohibido la intervención judicial, el Juez debe abstenerse de conocer, y solo faltando la prohibición, ha de admitir la demanda para el solo efecto de convocar por edictos á los que se crean con derecho á los bienes, y celebrada la junta, pasarán los autos á las personas designadas en el art. 749 para que hagan la calificación y distribución de los bienes; así opina D. José María Manresa.

El Código ha proscrito el testamento mancomunado que, admitido por el Fuero Real entre marido y mujer sin sucesión, se conserva en algunos territorios aforados; y ha hecho bien en proscribirlo, porque esa última voluntad es mezcla informe de disposición mortis causa y de contrato; con ella se atenta al principio fundamental de la revocabilidad, aparte de que ha sido pasto de escandalosos abusos, ya se otorgara en provecho recíproco de los testadores (llamado mútuo), ya en beneficio de un tercero.

Tenemos por indiscutible que después de la publicación del Código, puede otorgarse en Aragón el testamento que allí se llama de mancomún ó de hermandad, y así también lo declaró la Dirección general de los Registros en Res. de 28 de Octubre de 1894. Aún cuando por el art. 11 del Código las formas de los testamentos se rigen por las leyes del país en que se otorgan, disposición esta aplicable, por el art. 14, á los conflictos de derecho inter-provincial ó inter-regional, la persona sujeta á las disposiciones del Código no puede otorgar testamento mancomunado en los territorios aforados que lo conservan, porque se burlaría, en otro caso, la prohibición de aquéllas; y como el testamento mancomunado no es, en puridad, forma de testar, pues ésta dice á la manera como debe expresarse la voluntad, entendemos que los aragoneses, por ejemplo, pueden otorgar el testamento de hermandad en territorios regidos por el Código civil, ya que se trata de un derecho consagrado por la Ob. 1.<sup>a</sup> del Fuero, libro 6.<sup>o</sup>, DE TESTAMENTIS.

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 mandatario ó comisario. Así lo dispone en su primer apartado el art. 670 del Código, en el cual se proscribó el testamento formado por comisario, que rechazó la legislación romana por ser ocasionada á fraudes y que algunos escritores ven su origen en una Decretal de Inocencio III. Este testamento fué introducido en la ley 7.<sup>a</sup>, tít. 5.<sup>o</sup>, lib. 3.<sup>o</sup> del Fuero Real, por exigirlo el establecimiento de los mayorazgos familiares, y como diera ocasión á abusos,

sufrió limitaciones en la ley 11, tít. 3.º, Part. 3.ª La ley 11 de Toro, no obstante reconocer que esa forma de testar se hallaba expuesta á fraudes, la dejó vigente, no sin reglamentarla de nuevo.

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 cuantos sean instituidos nominalmente; así lo prescribe el ap. 2.º del art. 670, que no puede aplicarse á los que, por su legislación excepcional, pueden otorgar testamento, designando comisario.

No puede hacerse depender de una condición potestativa puesta á un tercero la validez de la institución de heredero ó legado, pues en otro caso quedaría barrenado ese art. 670 y burlado el pensamiento del Legislador; no así lo entiende Goyena, cuyo comentarista, estudiando el art. 558 del Proyecto de 1851, parejo del 670 en el punto de estudio, entiende que cabe hacer depender la institución de heredero ó el legado de esa condición impuesta á un tercero.

El poder para testar es nulo con arreglo al art. 4.º y al 687, ya que contraría lo prescrito en el 670 y, de consiguiente, no puede surtir tal efecto aunque lo produjese por el Derecho antiguo, ni como tal mandato, ni como postrera voluntad del otorgante.

Es de citar la Sent. de 28 de Noviembre de 1899, de que los herederos voluntarios con obligación de estar y pasar por la partición practicada por el heredero ó contador, habiendo prohibido el testador la intervención judicial, pueden combatir ese trabajo si en él se contraviene el testamento, porque las facultades de todo albacea se hallan limitadas por lo que expresamente ordena el testador, máxime cuando los arts. 902 y 1.068 exigen que no se contravenga ninguna disposición legal. Asimismo es de citar la Sent. de 16 de Junio de 1902 de que el señalamiento ó determinación de la cosa específica, que debe constituir una mejora, no puede dejarse al arbitrio de un tercero, por considerarse como parte el testamento. Esta doctrina parece opuesta á la contenida en Resolución de la Dirección general de los Registros de 1.º de Septiembre de 1902, de que no es contraria al art. 670 la facultad concedida por el testador á su albacea para adjudicar determinados bienes al pariente más próximo, justificándose ante el mismo el parentesco para conocer la persona favorecida. No estamos conformes con esta doctrina, porque la materia de justificación de parentesco es propia del Derecho procesal y solo el Juez, haciendo previamente los llamamientos, es quien debe resolver entre los solicitantes, nunca el albacea, porque, de per-

al testamento ológrafo el procedimiento para elevarlas á escritura pública no es el establecido en los títs. 6.º y 7.º, lib. 3.º de la ley de Enjuiciamiento civil, sino el marcado en los artículos del 690 al 693 del Código.

Como se trata de forma de testar, el aforado no puede otorgar cédulas testamentarias admitidas por su derecho en territorio sujeto á la legislación general, ante lo dispuesto en el art. 11 del Código, proclamador del principio: *LOCUS REGIT ACTUM*.

No basta que el testador tenga cabal juicio, precisa que su libertad se desenvuelva libremente y sin engaño. Y por esto prescribe el art. 673 que será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo ó fraude, precisamente porque falta la espontaneidad en su formación.

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. 674, que tiene su precedente en las leyes 26 y 27, tít. 1.º, y 4.ª, tít. 7.º de la Part. 7.ª El que, siendo heredero abintestato, impide que el testador otorgue su voluntad libremente, es indigno de heredarle.

### De las formas del testamento

Para prevenir el fraude y contener la mala fe, todas las legislaciones han exigido ciertas solemnidades en los testamentos, ó sean los requisitos impuestos por el Derecho, para que pueda revelarse la voluntad postrimera, con garantías ó pruebas de su verdad, al abrigo de toda suplantación.

La presencia de los testigos, como representantes de las clases en que se dividía el pueblo romano, del *LIBRIPENS* y del comprador de la herencia en el testamento *PER AES ET LIBRAM*, la firma y sello de los mismos, su rogación y la unidad de contexto fueron las solemnidades externas exigidas por aquella legislación; el Código tampoco prescinde de los requisitos que deben concurrir en el otorgamiento del testamento, sin que sea ahora solemnidad interna, como fué en Roma la institución de heredero. No permite el testamento verbal mas que en caso inminente de peligro de muerte y en tiempo de epidemia, y admite los testamentos militar y marítimo, en la forma que veremos.

El Código se ha separado de la clasificación romanista de los

testamentos en públicos y privados, comunes y especiales, y dentro de estos últimos los privilegiados. Rompiendo con aquella nomenclatura, conservada en nuestras escuelas y mantenida por el Derecho tradicional, prescribe en el art. 676, que el testamento puede ser común ó especial, subdividido el primero en ológrafo, abierto ó cerrado, y por el art. 677 expresa que se consideran testamentos especiales, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

### Del testamento ológrafo

Ya hemos dicho que tiene su origen, en España, en el Fuero Juzgo, pero que cayó en desuso; guarda bastante parecido con el testamento *inter liberos* de Cataluña, análogo al que, en Roma, otorgaba el ascendiente en favor de sus descendientes. Es el otorgado por uno mismo, que esto significan las palabras griegas OLOS y GRAPHOS, y constituye la forma más simple, fácil y sencilla de revelar la última voluntad, y precisamente porque tiene esas ventajas adolece de graves inconvenientes, pues un hábil pendolista puede suplantar la letra del otorgante, como hizo observar D. Augusto Comas al discutirse el Código civil.

El Código, que tantas formalidades exige para la autorización de los testamentos ante Notario, porque ha hecho descansar sus preceptos en un principio de desconfianza, se ha mostrado generoso con el testamento ológrafo al no exigir la identidad del testador y la garantía de que tiene la capacidad necesaria para un acto tan importante. Así es que esa forma de testar se halla despojada de solemnidades.

Consiste en que el testador, mayor de edad, escriba todo el testamento y lo firme, con expresión del año, mes y día de su otorgamiento, debiendo salvar, bajo su firma, las palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones. A esto se reducen todas las garantías que una mano criminal puede destruir, falsificando ese documento. Se expresa la fecha para saber el momento en que fué otorgado y ver si entonces el testador tenía la capacidad necesaria para testar, y también para poder apreciar la validez de ese testamento, caso de que aparezca otro, sin que se infrinja el art. 688. Tiene, por tanto, el carácter de testamento ológrafo aquel en que se empieza consignando el mes, después el día y luego el año, porque tal alteración

no afecta á lo esencial del testamento, y sin que, en contrario, pueda admitirse la costumbre del lugar: Sent. 4 Abril de 1895, cuyo criterio amplio no se separa del texto legal; en cambio no presidió aquél en la Sent. de 17 de Noviembre de 1898, bien que el caso que la motivó no puede darse ahora, toda vez que, según la ley de 21 de Julio de 1904, se ha suprimido el requisito exigido por el Código de extenderse el testamento ológrafo en el papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento.

Dentro de los cinco años siguientes al del fallecimiento del testador, deberá ser presentado al Juez del último domicilio de aquél, ó al del lugar en que hubiese fallecido, para que quede protocolizado, sin cuyo requisito no será válido, constituyendo esto una garantía de verdad de esta clase de disposiciones, como lo era respecto de las memorias testamentarias.

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 por la dilación se causen, presentación que puede hacer también cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea, ó en cualquier otro concepto.

Se ha limitado el plazo á diez días para evitar posibles alteraciones en el testamento, y creemos que si por fuerza mayor no puede hacerse esa presentación dentro de dicho término, no se incurre en la responsabilidad de daños y perjuicios, pues nadie responde del caso fortuito, y, además, por analogía, puede citarse el art. 311 de la ley de Enjuiciamiento civil, que, previendo aquélla, autoriza suspender aún los términos improrrogables.

La persona que tenga en depósito el testamento lo debe presentar, como plazo máximo, á los diez días, pero dentro siempre de los cinco años, porque en otro caso no es valedero. Esos cinco años se cuentan desde el día del fallecimiento del testador, y no constando esto, entendemos que deben contarse desde la declaración de presunción de su muerte, porque también produce ésta el efecto de abrir la sucesión, pero no deben contarse desde que se tuvo noticia de dicho fallecimiento, porque equivaldría á tener en lo incierto, permanentemente, los derechos sucesorios y á poner en un paréntesis indefinido la eficacia de esta clase de última voluntad.

Presentado el testamento ológrafo y acreditado el fallecimiento del testador, el Juez lo abrirá si estuviere en pliego cerrado, rubri-

cará con el actuario todas 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 y siempre que el Juez lo estime conveniente, podrá emplearse con dicho objeto el cotejo pericial de letras.

El art. 691, así como el 692 y el 693 son más propios de la ley procesal; pero, comprendiendo el Legislador que, introducido como una casi novedad el testamento ológrafo, habría quien lo otorgase sin esperar á la reforma de aquélla, creyose en el caso de dar esas reglas, no faltando escritor que entienda que sería conveniente confiar el conocimiento de esta clase de asuntos al Juzgado municipal, para que, prontamente, terminen; pero esto tiene por contra la circunstancia de que tal Juez no puede conocer mas que, preventivamente, en materia civil, en ciertos casos, y como los Jueces municipales no son todos letrados, no es cosa de atribuirles esa competencia en un testamento, tras del cual viene una sucesión hereditaria, quizás cuantiosa, aparte de otras disposiciones y reconocimientos de la familia natural.

Estudiando el art. 691, parece que el testamento ológrafo debe estar cerrado, para que el Juez lo pueda abrir; pero en verdad que no cabe tan literal interpretación; puede que se presente abierto; lo natural es que sea en aquélla forma, dada la reserva que su contenido impone.

Es potestativo en el Juez emplear el cotejo pericial de letras, aún cuando hayan testigos idóneos y no duden de la letra y firma del testador. ¿Qué se entiende aquí por testigos idóneos? ¿Han de ser mayores de edad, vecinos del lugar donde el testamento se ha otorgado y, en suma, que no se hallen en ninguno de los casos de incapacidad en materia de testamentos, ó son, por el contrario, los testigos que declaran como medio de prueba, cuya capacidad también regulan el Código en el tratado de las obligaciones, y la ley de Enjuiciamiento civil? Nos inclinamos á esto último, porque no se trata del otorgamiento de un testamento, sí que de un trámite judicial; esos testigos aportan, con su declaración, elementos de convicción al Juez y éste puede separarse de ellos y estimar no justificada la identidad del testamento, sin perjuicio del derecho que asiste á los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda (artículo 693); derecho que se tiene lo mismo cuando se estima no justificada la identidad del testamento, que si se acuerda su protocoliza-

ción con las diligencias practicadas en el Registro del Notario correspondiente, quien debe dar á los interesados las copias ó testimonios procedentes.

El Juez es, pues, quien aprecia las declaraciones de los testigos idóneos, las dudas que éstos tengan y el dictamen, en su caso, de dos peritos en el cotejo de las letras: y como es de importancia la diligencia, deben ser citados para que la presencien, con la mayor 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 residieren dentro del partido (y esto puede dar lugar á abusos, porque difícilmente puede saberse) ó se ignore su existencia ó, siendo menores ó incapacitados carecieren de representación legítima, se hará la citación al Ministerio fiscal.

Lo que no quiere la ley es que la apertura del testamento ológrafo se haga á cencerros tapados, antes debe brillar la verdad en ella con todas sus garantías, y de aquí la intervención de esas personas, y, como defectiva, la del Ministerio fiscal, para que la presencien y puedan hacer, en el acto, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento, sin que tal oposición convierta en contencioso el expediente de jurisdicción voluntaria.

Por analogía con lo dispuesto en el art. 1.955 de la ley de Enjuiciamiento civil, debe protocolizarse el testamento en el Registro del Notario de la cabeza de partido y, habiendo más de uno, en el de quien le corresponda en turno que debe llevar el Juzgado.

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma; pero claro está que debe hacerse la traducción oficial del mismo antes de ser protocolado.

Haciendo la crítica de esta forma de testar, habrá de reconocerse que es generadora de pleitos, como se demuestra registrando las Sents. de 17 de Noviembre de 1898, 26 de Septiembre de 1901, 14 Mayo y 25 Junio de 1903, 4 de Abril y 12 Junio de 1905, etc., aparte los sinnúmero que no han subido á casación. Además de que se presta, como hemos dicho, á las malas artes y al fraude para entronizar la superchería, presenta este inconveniente de bulto. Ese testamento puede obrar en poder de un heredero, legatario, albacea ó de un extraño, quienes, sea por lo que fuere, dejan de presentarlo al Juez dentro de los cinco años siguientes á la muerte del testador, y como de su otorgamiento no se da parte oficial á la Dirección general de los Registros y del Notariado, se abre, en el entretanto, la

sucesión intestada del causante ó la fundada en otro testamento anterior del mismo, y aún cuando después de transcurrido aquel plazo aparezca el ológrafo, está ya caducado, aún cuando nadie recele, ni dude de la identidad del escrito.

Además puede ocurrir que al cabo de dos ó más años se presente, cuando ya se ha practicado la liquidación de sociedad conyugal y división de herencia, cuyos herederos, ya forzosos, ya voluntarios hayan enajenado los bienes relictos, con fuerza su inscripción para con tercero que tenga inscrito su título, puesto bajo el amparo de los arts. 23 y 34 de la ley Hipotecaria ¿De qué sirve en este caso la apertura del testamento ológrafo, si el tercer adquirente de los bienes ó derechos reales se halla abroquelado tras las protecciones del Derecho Hipotecario? Se objetará que quien dejó de presentar el testamento es responsable de los daños y perjuicios causados, y que el favorecido con él puede deducir sus acciones personales contra los enajenantes de los bienes, puesto que dispusieron realmente de lo que no era suyo; pero como unos y otros pueden ser insolventes, semejantes responsabilidades quedan eludidas, aparte de que todo esto es pasto de pleitos.

Prescribírase que, otorgado el testamento ológrafo, pudiese el testador dar parte, aún directamente, á la Dirección general de los Registros, y no tendría ese aspecto de clandestinidad. En defecto de ese conocimiento, debería disponerse que durante los cinco años estuviese sujeta la inscripción registral de herencia voluntaria á las reclamaciones que, por razón de él, sobrevinieran, una vez protocolado, lo cual coartaría la contratación durante ese lapso de tiempo. Ni aún con todo esto debiera permitirse esa forma de testar; si obedece su introducción en el Código á que no siempre hay á mano testigos y Notario, solamente debería valer cuando este funcionario no residiera en el lugar del otorgamiento. Si es que el testador no quiere que nadie se entere de su voluntad, teste en forma cerrada, y si se quiere que continúe el ológrafo, no obstante tan mayúsculos inconvenientes, cabe una media solución, consistente en que el testador deposite su escrito en poder del Notario ó del Juez de primera instancia, ó del municipal, para que estos funcionarios den el oportuno parte al Centro directivo; todo menos que quede bajo la custodia de un tercero que puede ser infiel, ó en un rincón de la casa para que manos malévolas lo hagan desaparecer.

### Del testamento abierto

Algunos códigos llaman público á este testamento de cuya publicidad participaron en Roma el *IN COMITIS CALATIS*, el *IN PROCINCTU*, el *PER ÆS ET LIBRAM*, el pretorio, el theodosiano y el justiniano. De él trataron el Fuero Real y las Partidas. Ese testamento puede otorgarse ante Notario y testigos ó ante testigos solamente. El Notario ha de ser hábil; representa al Estado en quien reside la fe pública; los testigos han de ser idóneos y su intervención tiene tres objetos: uno, ser coautorizantes; otro, llevar la representación del pueblo, en recuerdo del testamento *PER ÆS ET LIBRAM*, y otro, el de establecer la prueba preconstituída, sellada con el testimonio notarial, no excluyente, en caso de litigio, de otras probanzas, bajo cuyo imperio recaiga sentencia firme declaratoria de falsedad ó de nulidad del testamento.

El otorgado ante Notario hábil y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador y de los cuales uno, á lo menos, sepa y pueda escribir, es el ordinario ó general que admite dos excepciones: á saber: el que se otorga en peligro inminente de muerte del testador ó en caso de epidemia, pues la premura y la gravedad de las circunstancias autorizan en esos casos prescindir de la regla establecida en el art. 694; lo que por el Derecho antiguo era potestativo, queda hoy reducido por el Código á una excepción.

Entiéndese por Notario hábil para actuar el que tiene fe pública dentro de su respectivo distrito: art. 8.º de la ley del Notariado en relación con el 26 y 27 del Reglamento para su ejecución. En caso de epidemia no puede negarse el Notario á prestar su ministerio. (R. O. de 21 de Agosto de 1885).

Hemos dicho que el testigo ha de ser idóneo, circunstancia exigida al tiempo de otorgarse el testamento, sin que su incapacidad pueda suplirse con otras personas.

El Notario y los testigos instrumentales se han de asegurar de que, á su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar; esos testigos, en otra clase de documentos públicos no tienen aquella obligación de asegurar; el Notario es solo quien la precalifica, á su juicio, como lo hace también en el testamento. Si, pues, tienen dicha obligación en los actos de última voluntad y si, además, dos de los tres testigos instrumentales han de responder de la identidad

del testador, es lógico que, ante lo dispuesto en el art. 685, esos testigos sean coautorizantes con el Notario, siendo de citar la Resolución de 26 de Mayo de 1899, de que la omisión en un testamento ante Notario de quiénes fueron los testigos instrumentales que conocían al testador, puede entenderse suplida por la afirmación, hecha en el instrumento, de haberse llenado las formalidades legales, así como también es de consignar que, por la de 12 de Febrero de 1901 y Sent. de 1.º de Junio del propio año, el hecho de conocer al testador los tres testigos instrumentales y no el Notario, no es suficiente para dar validez al testamento.

Si no se puede identificar la persona del testador, identificación que es doble por la de dos testigos instrumentales y por el Notario, se hará con dos testigos, llamados de conocimiento, que conozcan al testador y sean conocidos del mismo Notario y de aquéllos; uno de estos testigos de conocimiento deberá firmar por sí y por el que no supiere (art. 66 del Reglamento del Notariado), y si tampoco pudiera hacerse de este modo la identificación, deberá expresarse esta circunstancia por el Notario, ó por los testigos, en su caso (esto último se refiere unicamente á aquellos testamentos excepcionales en que no interviene Notario), 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. Así lo prescribe el art. 686, cuya directiva no es otra que procurar, por todos los medios posibles, el ejercicio de la facultad de testar, sin que en esto quepa censura alguna al legislador que ha puesto al lado de esa permisión un condicionamiento para prevenir toda superchería.

Impugnado el testamento otorgado con reseña de documentos y de señas personales de su autor, corresponderá al que sostenga su validez, la prueba de la identidad del testador; de manera que, mientras no se impugne formalmente, produce sus efectos, como si el Notario y los testigos conocieran al otorgante, constituyendo, por tanto, título inscribible en el Registro de la propiedad con toda la eficacia jurídica; pero, impugnado, la presunción *JURIS TANTUM* de validez trócase en presunción *JURIS TANTUM* de ineficacia, á menos que quien sostenga el valor de aquél pruebe la identidad del testador, por lo mismo que se aprovecha de sus efectos.

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 del otorgamiento, se leerá en alta

voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad; caso afirmativo, lo firmará en el acto con los testigos que puedan hacerlo; uno de éstos por lo menos, ha de saber y poder firmar. 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 fe de ello el Notario, lo mismo que cuando alguno de aquellos no pueda hacerlo. El Notario hará siempre constar que, á su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento (art. 695). Cuando el testador se proponga hacer testamento abierto y presente por escrito su disposición testamentaria, el Notario redactará el testamento con arreglo á ella y lo leerá en alta voz en presencia de los testigos para que manifieste aquél si su contenido es la expresión de su última voluntad (art. 696).

Ni el art. 695, ni el 699, ni otro alguno prohíben que el Notario lleve redactado el testamento conforme á las instrucciones del testador antes del acto del otorgamiento: Sents. 5 Junio 1894 y 18 de Junio de 1896, cuya doctrina fué confirmada por la de 1.º de Febrero de 1907, declaratoria de que el acto en su unidad necesaria (la unidad de contexto de que habla el Derecho romano) no principia hasta que, reunidos el testador, testigos y Notario, se comienza por éste la lectura del testamento que lleva redactado según las instrucciones previas de aquél, equivaliendo la expresión de la conformidad del testador al cumplimiento del primer requisito exigido por el art. 695.

Tres maneras hay de hacer la manifestación testamentaria, todas unidas por el lazo jurídico del otorgamiento: una, expresando el testador su voluntad ante el Notario y testigos, redactándose en el acto el testamento; otra, llevando el Notario redactado el instrumento con arreglo á las instrucciones del testador y no de otra persona (Sent. 25 de Noviembre de 1902), y la última, entregando el testador al Notario la minuta, no para que la una al instrumento, sino para la redacción de éste con arreglo á ella.

En cualquiera de estos tres modos hay que rodear de garantías el testamento; y son: la expresión del lugar, para poder apreciar la legislación aplicable y ver si el Notario tiene fe pública en el mismo; siendo de advertir que, según Sent. de 30 de Diciembre de 1901, la palabra *lugar* significa población, bastando expresar cuál sea la del otorgamiento, y también se exige este requisito para ver si los testigos reúnen la cualidad de vecinos ó domiciliados. Se debe expresar el año, mes, día y hora en que se otorgue el testamento, tanto

para poder determinar si tenía ó no la capacidad necesaria en el acto, cuanto, para en el caso de existir más de un testamento, saber cuál es el posterior.

La lectura debe ser íntegra; Laurent opina que no debe ser nulo el testamento si al leerlo se omiten extremos que no afectan á su contenido ni á la voluntad del testador, de cuyo sentir no participamos, juzgando el caso con arreglo á nuestro Código civil, porque la unidad de contexto exige la totalidad de lectura, y lo que es nimio, aparentemente, puede resultar de importancia. La lectura corresponde al Notario, instruyendo éste al otorgante y testigos del derecho que tienen á hacerlo; de modo que los concurrentes pueden leerlo: Sent. 4 Febrero de 1879, cuya doctrina suple la omisión advertida en el Código en este punto, siendo también aplicable, en tal caso, lo prescrito en la Legislación notarial.

El testador debe manifestar, después de leído el testamento, si está ó no conforme con su voluntad; esto sella su disposición, y es de tal eficacia que si el testamento solo contiene una indicación insignificante de haber sido leído y no expresa que la testadora se enterase de su contenido, ni le prestare su conformidad, aquél es nulo con arreglo á los arts. 687 y 696 (Sent. 14 Julio 1899).

No dice el Código si basta un gesto afirmativo del testador ó un simple «sí» á la pregunta que se le haga, y ante ese silencio creemos que, dando su conformidad en términos indubitados, pero verbalmente, se cumple el requisito. Tampoco dice el Código si el Notario debe signar y firmar en el acto; pero esta obligación ya se la impone el Derecho notarial.

El Notario no está obligado á emplear las mismas palabras que expresa el último apartado del art. 695, y puede usar otras distintas que indiquen la misma idea, pues lo esencial es que considere al testador con suficiente capacidad para testar (Sents. 24 de Abril y 6 Diciembre de 1896), siendo también de citar, para cerrar este punto, la de 25 de Noviembre de 1902 que, refiriéndose al propósito del testador de hacer testamento, dice que no puede presumirse y deducirse legalmente del asentimiento al contenido de aquél, después de escrito, por tener tal expresión previa una virtualidad propia y el alcance de exteriorizar la resolución de testar.

Y puesto que antes hemos aludido á la unidad de contexto, citando la jurisprudencia que explica este requisito diremos que, en puridad, no representa en el Código, como dice el Sr. Sánchez Román, una reminiscencia, ni menos una reproducción del UNITAS

CONTEXTO, «noción compuesta de las tres unidades de asunto, sin que pudiera entremezclarse, ni por incidencia otro alguno, so pena de nulidad de todo lo antes entonces hecho, de lugar y de tiempo que éran su consecuencia». Sin esa unidad de acto, integrada por los tres elementos de asunto, de lugar y de tiempo, no eran válidos los testamentos puesto que constituían una ley, como el otorgado IN CALATIS COMITIS, y aún cuando la forma de testar, sacada del Derecho público, fué modelada por el Derecho privado en Roma y por nuestro Derecho tradicional anterior al Ordenamiento de Alcalá, perdió después el relieve de su abolengo, no solo en Castilla, sino en Barcelona, siglos antes, según las Constituciones, hasta que el Código, lejos de desterrar este requisito, lo exige en el art. 699, en términos que el Notario debe dar fe, al final del testamento, de haberse cumplido las formalidades legales en un solo acto. Estatuye dicho precepto que, si bien no es lícita ninguna interrupción, se entiende salvo la motivada por un accidente pasajero, habiendo venido el Tribunal Supremo á sentar la verdadera doctrina en Sentencia de 1.º de Febrero de 1907, declarando, al efecto, que el acto no principia hasta que reunidos el testador, testigos, y Notario, da este último lectura al testamento. No es preciso que se exprese haberse leído el testamento en alta voz, pues esto último debe inferirse (Sent. 6 Abril de 1896); ni el hecho de estar escrito el testamento y la firma del Notario con diferente tinta de la que usaron el testador y los testigos, es motivo para invalidarlo (Sent. 8 Julio de 1894).

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. 697, que, al condicionar esta forma de testar, no registrada en el Derecho romano antes de Justiniano, quien la permitió á condición de que el testador pudiese expresar su voluntad de una manera cierta, verbalmente y por escrito, y previa autorización del príncipe (párrafos 2.º, 3.º, títs. XI y XII de la Instituta), exige garantías de verdad, para que el otorgante no pueda ser víctima de una sorpresa, bien entendido que este testamento se refiere al enteramente sordo, no al duro ó *teniente* de un oído (Sent. 18 Junio 1896) proceda ó no su sordera de enfermedad, pues el Legislador no hace en este punto la distinción establecida en la ley 13, tít. 1.º de la Part. 6.ª, que negó la testamentifación activa al sordo y mudo de nacimiento, y solo podía hacerlo el que lo fuese por accidente, si lo escribía por su mano.

El Código permite testar al enteramente sordo; pero éste ha de leer el documento, y, no sabiendo ó no pudiendo hacerlo debe designar dos personas que lo lean en su nombre, que pueden ser los mismos testigos ú otras; sin que el Código diga qué capacidad deben tener estas últimas; pero como quiera que su intervención es la de simples lectores y no de verdaderos testigos, creemos que no rezan para con ellas las condiciones de idoneidad exigidas á estos últimos.

Acerca de si el sordo-mudo ó el simplemente mudo pueden otorgar testamento, nos resolvemos por la afirmativa si saben escribir, toda vez que no se hallan incluídos en las incapacidades expresadas en el art. 663, y según prescribe el 662, pueden testar todos aquellos á quienes la ley no lo prohíbe expresamente. El sordo-mudo que sepa leer y escribir puede otorgar toda clase de testamentos, pero el que no tenga esa instrucción, como quiera que le es imposible expresar su última voluntad, no podrá otorgar testamento abierto ni en ninguna otra forma; al decir esto nos separamos de la opinión de Manresa, cuyo tratadista opina que si el sordo-mudo sabe expresar su pensamiento con claridad, por medio de signos que entiendan el Notario y los testigos, de modo que éstos queden enterados perfectamente de su voluntad, puede otorgar testamento. Fundamos nuestro parecer en que, según el Código y la jurisprudencia, el testador, después de la lectura del instrumento, debe expresar que ésta es su voluntad. ¿Cómo puede hacerlo si no tiene el don de la palabra? Además, él debe ordenar aquélla y expresarla y ¿cómo puede verificarlo por medio de signos? ¿Acaso el Notario y los testigos son maestros de sordo-mudos, para entender el lenguaje mímico? ¿Cuántos abusos podrían ocurrir si se permitiera semejante testamentificación! Daríase el caso de que quien no tiene capacidad para contratar, según dispone el art. 1.263, podría otorgar testamento. A esto se objetará que también son incapaces para contratar los menores no emancipados, y sin embargo pueden testar los mayores de 14 años; pero repárese que no hay paridad de casos; estos últimos pueden expresar su voluntad y aquéllos no, y como se trata de un testamento nuncupativo ó abierto, oralmente ó por escrito y no por mímica, por más inequívocos que sean los signos, debe ordenarse, expresarse y aprobar la voluntad.

Si el sordo-mudo, además, fuera ciego, sabiendo escribir, puede hacerlo: bastará que se cumplan las mayores solemnidades establecidas por ese artículo y el 698, leyendo el testamento el Notario y las dos personas de que hemos hablado.

Cuando sea ciego el testador se dará lectura al 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. 698, con precedentes en el Derecho romano, prescriptivo de que el ciego no podía otorgar otro testamento que el nuncupativo ante siete testigos y un tabulario, y en defecto de éste un octavo testigo, disposición que pasó á la ley de Partidas, modificada, después, por la 3.<sup>a</sup> de Toro, que, no expresando la forma de verificarlo, redujo el número de testigos.

### Testamentos excepcionales

Vamos á ocuparnos de dos: el otorgado en peligro de muerte y el en tiempo de epidemia. Pueden hacerlos los enteramente sordos y los ciegos en esas circunstancias, porque corresponden al género testamento abierto.

El testador que se hallare en peligro inminente de muerte, lo mismo esté en el campo que en la ciudad, haya ó no Notario, puede testar ante cinco testigos idóneos sin necesidad de este funcionario (art. 700). La ley, proveyendo á las mayores facilidades, dentro de la circunspección en el otorgamiento de los testamentos, no niega esta facultad en momentos graves, cuando se pierde toda esperanza de salvación del hombre; pero si, á juicio del Tribunal sentenciador, no resulta probado que el testador estuviese en tan críticas circunstancias, el testamento es nulo (Sent. 7 de Octubre de 1904). Cuando en un testamento otorgado en peligro de muerte solo se mencionan cuatro testigos, no se puede estimar la existencia del quinto por una prueba posterior (Sent. 5 de Mayo de 1897).

La presencia de cinco testigos idóneos es verdaderamente una solemnidad, como también son solemnidades, y así se declaró por Sent. de 11 de Febrero de 1907, los requisitos exigidos en los artículos 700 y 701 y el substancial de que se escriba el testamento como fiel expresión de la verdad, por exigirlo el 702, sin otra excepción que la imposibilidad de realizarlo; pero el testador debe manifestar su disposición en presencia de los testigos, quedando éstos enterados, porque esto no puede presumirse legalmente, ni tener virtualidad, cuando solo se hace consistir en manifestaciones á las que no precede acto alguno formal y serio que revele, en el supuesto testador, su deliberada resolución de testar.

Lo arriba dicho constituye la doctrina confirmada por la sentencia de 30 de Septiembre de 1907, que distingue entre solemnidades fundamentales del acto, para que conste la última voluntad del testador en forma legal, las cuales son ineludibles so pena de nulidad del testamento, y aquellas que son meramente rituales de la escritura, que, aún siendo esenciales concurriendo Notario, de cuya omisión responde éste, no lo son cuando el testamento se ordena conforme al art. 700 y se escribe como preceptúa el 702.

En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención del Notario, ante tres testigos mayores de 16 años, varones ó mujeres (art. 701). ¿Se necesita la declaración oficial de la epidemia, para que pueda otorgarse este testamento excepcional? Siguiendo la opinión de Mucius Scævola creemos que este caso debe dejarse al criterio de los Tribunales; éstos, apreciando en el pleito las pruebas y muy especialmente el dictamen médico, deben decir si efectivamente existía en el lugar la epidemia, que es el supuesto para poderse otorgar dicho testamento excepcional.

Dos razones abonan la circunstancia de que se pueda testar ante tres testigos mayores de 16 años, varones ó mujeres, desviación ésta de la regla general: una, porque existiendo la enfermedad contagiosa en una población, los individuos procuran abandonarla, de serles posible; y otra, porque los que allí quedan no tan fácilmente se prestan á entrar en un foco contagioso para servir de testigos. Esperar á que el Gobierno declare oficialmente la epidemia sería injusto, pues desde que aparece hasta que se declara suele transcurrir algún tiempo para que, con la alarma, no sufra quebranto el comercio local y aún el nacional.

¿Es preciso que el testador se halle enfermo para poder testar conforme á lo dispuesto en el art. 701? Optamos por la negativa, porque la nota de anormalidad, característica de este testamento, no es por razón de la enfermedad del testador, sí que por el estado de epidemia del lugar. En esto, el proyecto de 1882, conforme con nuestro sentir, era más completo que el Código.

Tanto el testamento otorgado en peligro inminente de muerte como el en tiempo de epidemia, deberán escribirse, siendo posible; no siéndolo, valdrán aunque los testigos no sepan escribir: art. 702, que hemos explicado anteriormente, citando jurisprudencia; además están las Sents. de 7 de Octubre y 31 de Diciembre de 1904, de que las mayores facilidades concedidas por el Código no excluyen el cumplimiento de los demás requisitos esenciales que para el testa-

mento abierto se exigen, siempre que sean racionalmente compatibles con las condiciones del otorgamiento de esos actos de última voluntad.

Dichos testamentos quedan ineficaces pasados dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte ó cesado la epidemia. Si falleciere en dicho plazo, también quedarán ineficaces 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. 703).

Esos testamentos no pueden tener estado jurídico de permanencia. Producidos en la anormalidad de las circunstancias, en evitación de que el testador muera *abintestato*, desaparecida la causa deben cesar sus efectos, no inmediatamente, sino dentro de un plazo prudencial, que es el de dos meses, tiempo suficiente para que el testador pueda ratificar su voluntad, otorgándola de nuevo en la forma ordinaria; pero si falleciere dentro de esos dos meses, deberá elevarse á escritura pública, ya la otorgara por escrito, ya verbalmente. Es de citar la Sent. de 23 de Mayo de 1905, de que no se infringe el art. 703 cuando, una vez presentada la cédula testamentaria en tiempo hábil al Juez competente para elevarla á escritura pública, desde el momento en que por la oposición de una parte se hizo contencioso el expediente de jurisdicción voluntaria, quedó suspendido el término para la resolución del mismo y se cumplió el precepto legal citado.

Son cosas distintas que el testador continúe enfermo, acreditado esto facultativamente, y que cesó el peligro inminente de muerte; desde este último momento empiezan á contarse los dos meses, ante lo terminante del art. 703, para que no sea ineficaz el testamento; y respecto á la cesación de la epidemia, desde cuyo momento, mejor, día, debe contarse aquel plazo, no falleciendo el testador, ó los tres meses para elevar el testamento á escritura pública, creemos que éste es un punto de hecho apreciable por el Tribunal *Á QUO*, sin que veamos en ello puntos de discusión, á cuyo estudio se entregan Mazzoni, Vitali y otros escritores.

El testamento es un acto jurídico desenvuelto en la normalidad del Derecho, cuya justicia preventiva administra el Notario y, de consiguiente, el no autorizado por éste, falto del sello del Poder social que le imprime dicho fedatario, debe elevarse á escritura pública y protocolizarse en su registro, no directamente, sino acudiendo á la justicia reparadora, la que debe resolver la contienda, en su

caso, en la forma prevenida por la ley de Enjuiciamiento civil, como prescribe el art. 704 del Código.

### Testamento cerrado

El testamento cerrado llamado también *IN SCRIPTIS* (de aquí su nombre de escrito, como lo conocieron los romanos) ó hecho en *poridad*, temor de que sea conocida la voluntad del testador, palabra empleada por las leyes de Partida, arguye en su otorgamiento cierta desconfianza hacia los testigos y el Notario por si publican lo que debe permanecer oculto en vida de los otorgantes. El Código no solamente lo regula, sino que da grandes facilidades para que pueda hacerse y, de acuerdo con la opinión general y la de los juristas, resuelve el caso de si pueden otorgarlo los que no sepan ó no puedan firmar, inclinándose por la afirmativa, como se tenía declarado por jurisprudencia que estableció, entre otros fallos, la Sent. de 6 de Abril de 1877. Pero el que no sabe leer se halla incapacitado para testar de esta manera, en evitación de que pueda suplantársele su voluntad con un escrito apócrifo; de aquí que no puedan otorgarlo los ciegos.

Este testamento puede ser escrito por el testador ó por otra persona á su ruego, en papel común (esto constituye una facilidad), con expresión del lugar, día, mes y año en que se escriba. Si lo escribiere por sí mismo el testador, rubricará todas las hojas y pondrá al final su firma, después de salvadas 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, y cuando no sepa ó no pueda firmar, lo hará á su ruego y rubricará las hojas otra persona, expresando la causa de su imposibilidad.

Las reglas contenidas en el art. 706, cuyo es lo arriba escrito, tienden á rodear de garantías esta forma de testar que, en sentir de algunos, constituye un peligro ó cuando menos una imprudencia en el caso de que el testador, ni escriba, ni firme, ni rubrique el documento y sí otra persona; pero quienes así lo creen, no reparan en que ese testamento no puede otorgarlo el que no sabe leer, y claro que, pudiendo enterarse de su contenido, la suplantación es imposible, pues en manos del otorgante está el evitarla, con solo pasar la vista sobre el papel; y cuenta que si el testador puede firmar, debe hacerlo.

Solamente se le dispensa de esto y de rubricar las hojas en caso de imposibilidad de firmar ó cuando no sabe, debiendo expresarse la causa de lo primero, porque puede demostrarse lo contrario. La facultad de rogar el testador á otra persona que rubrique las hojas y firme por él es un caso excepcional y, de consiguiente, á la última regla de ese art. 706 debe dársele interpretación restrictiva, ciñéndola á su literal contexto.

Examinando dicho precepto echamos de ver una omisión que el buen sentido suple al estudiarlo en conjunto. Consiste en no haber previsto el Legislador, en la tercera regla, el caso de existir palabras enmendadas, tachadas ó escritas entre renglones en el testamento escrito por otra persona á ruego del testador, lo firme ó no éste, pues si él lo escribe, viene obligado á salvar aquéllas, como prescribe la regla segunda, cosa que no dispone el artículo en el caso arriba expresado. Como quiera que donde milita la misma razón debe existir idéntica disposición legal, y habida cuenta á que es un canon de hermenéutica interpretar el texto de un artículo por el motivo que indujo á establecerlo al Legislador ó por el fin que éste se propuso, entendemos que si el requisito de la salvadura es procurar por la verdadera integridad del documento, evitando malas alteraciones, debe verificarse aquélla en el caso de referencia.

Constituyen las solemnidades los elementos formales en la autorización de este testamento cuando, con la intervención del Notario y testigos, se le imprime el sello de su autenticidad, y al efecto prescribe el art. 707 lo siguiente: el papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda sustraerse aquél sin romper ésta, lo cual tiende á evitar la sustitución de la última voluntad; el testador comparecerá ante el Notario hábil y los testigos idóneos con el testamento cerrado y sellado, ó lo cerrará y sellará en el acto; de manera que le es potestativo emplear estas dos formas. Esos testigos han de ser cinco de los cuales tres al menos han de poder firmar; esto constituye mayor garantía que en el testamento abierto, donde basta que un testigo sepa y pueda firmar, aún cuando no sepa el testador.

Y puesto que hemos hablado de Notario y de testigos, diremos que no basta la simple intervención de éstos, ha de hacerse la identificación de la persona del testador conforme á lo dispuesto en los arts. 685 y 686, á saber: por conocimiento directo del Notario y de los cinco testigos instrumentales; en defecto, por el de dos testigos de conocimiento además de aquéllos, y si no pudiese hacerse tam-

poco de esta manera, reseñando los documentos que presente el otorgante y expresando sus señas personales.

En presencia del Notario y de 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: núm. 3.º, art. 707, que, relacionado con 706, mejor, casando ambos, tiende á evitar suplantaciones, pues cotejando las manifestaciones hechas por el testador en el acto notarial con el contenido del testamento, se ve si corresponde ó no.

Si el testamento lo otorga un sordo-mudo ó el que no pueda hablar, pero sí escribir, además del requisito ineludible de que ha de estar escrito todo y firmado por el testador, cuando éste haga su presentación, como quiera que no puede expresarse oralmente, deberá escribir en la parte superior de la cubierta, á presencia del Notario y de los cinco testigos que aquél pliego contiene su testamento y que está escrito y firmado por él. El Código no exige en el testamento otorgado por estas personas el requisito de rubricar todas las hojas del testamento; pero como ya tiene bastante identificación con la escritura total y firma del testador, pues no puede hacerlo otro á su ruego, creemos que su omisión no puede implicar causa de nulidad.

Siguiendo el estudio del art. 707 y, en orden á la autorización del testamento, el Notario extenderá sobre la cubierta la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que esté cerrado, por ser esto garantía de autenticidad, y dando fe de haberse observado las solemnidades mencionadas en el art. 699, del conocimiento del testador de la manera que hemos indicado, y de hallarse, á su juicio, el otorgante con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

Si el testamento lo otorga el sordo-mudo ó el que no puede hablar, el Notario dará fe en esa acta de que á su presencia y de los cinco testigos el testador ha puesto que aquel pliego contiene su testamento y que está escrito y firmado por él (núm. 4.º del art. 709). Extendida y leída el acta (no dice la ley por quién, pero se sobreentiende que es por el Notario, lo cual no excluye el derecho que tienen á leerla el testador y testigos), la firmarán aquél y éstos que sepan hacerlo, debiendo ser, por lo menos, tres, autorizándola el Notario con su signo y firma. Si el testador no sabe ó no puede firmar

deberá verificarlo en su nombre uno de los testigos instrumentales ú otra persona designada por él. ¿Podrá designar á un testigo de conocimiento, concurriendo éstos? Creemos que sí, pues con el pro-nombre indeterminado «cualquier» se indica toda persona que, capaz para declarar en su día, pueda satisfacer el deseo del testador.

También se expresará en el acta esa circunstancia de haber firmado por ruego del testador, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento; el lugar, para ver si el Notario pudo ejercer su ministerio, y lo que al tiempo dice, para saber, en el caso de presentarse dos testamentos, cual de ellos es el posteriormente otorgado, y, además, si el testador tenía la capacidad necesaria, caso de que esto fuese objeto de contienda.

Autorizado el testamento cerrado, el Notario lo entregará al testador después de poner en el protocolo reservado copia autorizada del acta de otorgamiento; esto último constituye otra garantía de autenticidad, como también lo es el parte que el Notario debe dar al Decano del Colegio notarial, en cumplimiento del art. 7.º del Real Decreto de 19 de Febrero de 1891, relativo al Registro de actos de última voluntad, aparte el índice del Protocolo reservado que dicho funcionario debe remitir mensualmente ó testimonio de negativa, en su caso, á dicho Decanato y al Presidente de la Audiencia Territorial por conducto del Juez de primera instancia, conforme á lo dispuesto en el art. 34 de la ley del Notariado.

En ese protocolo reservado no se relaciona aquella acta escrita sobre la carpeta, sino que se ha de copiar literalmente para que, en su día, pueda ser identificado el testamento y cotejarse el signo, firma y rúbrica del Notario, puestos sobre el pliego, con la estampada en la copia.

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 ese funcionario dará recibo, haciendo 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 retirase después el testador no se considera esto como revocación, ni significa desconfianza para con el Notario, pero aquél, para garantía de éste, firmará *un* recibo (dice el Código, pero ha debido decir firmará *su* recibo) á continuación de dicha nota.

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 (¿Desde cuando? Se entiende que es desde que llegue á su conocimiento), será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia.

El que con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder dentro del plazo fijado en el párrafo 2.º 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.

La obligación de presentar el testamento cerrado, ante el Obispo, según el Fuero Juzgo y ante el Alcalde ó ante el Juez, como dispuso el Fuero Real, es para que no puedan quedar perjudicadas las personas interesadas en él, obligación que pesa individualmente en quien la tiene en su poder, á base de que pueda cumplirse, pues puede haber causa legítima que la imposibilite. Es Juez competente para conocer en estas diligencias el del lugar en que se hubiese otorgado el testamento (regla 22, art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil); con arreglo á ésta, debe procederse á la apertura y protocolización de esa última voluntad (tít. 7.º, parte 1.ª, lib. 3.º de aquélla).

Para terminar este tratado, diremos, con el Sr. Sánchez Román, que este estamento es un todo jurídico, una entidad de derecho constituida por el concurso de formalidades; requisitos y circunstancias que miran, no solo á su prueba, sino á su solemnidad y respecto de las cuales los preceptos del Código (completados—añadimos nosotros—por la ley de Enjuiciamiento civil y la legislación notarial respecto á la apertura y su protocolización) no autorizan reglas de distinción ni de categoría, por más racionales que pudieran parecer en algún caso.

### De los testamentos especiales

Son el militar, el marítimo y el otorgado en el extranjero.

Nos hemos ocupado del primero de éstos en la Legislación romana y en el Derecho tradicional castellano. Pueden otorgarlo en tiempo de guerra los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros,

neros y demás individuos empleados en el ejército ó que sigan á éste, ante un oficial que tenga por lo menos la categoría de capitán, como también pueden otorgarlo los individuos de un ejército que se halle en país extranjero.

No existe hoy el privilegio de los militares en lo que respecta al fondo del testamento, pero sí á la forma del mismo, solamente en tiempo de guerra, pudiendo otorgarlo las personas indicadas. Dentro de la especialidad, ese testamento es el ordinario, puesto que lo autoriza un oficial que ha de tener, por lo menos, la categoría de capitán. Si el testador estuviese enfermo ó herido (no exige el Código que se halle en peligro de muerte), podrá otorgarlo ante el capellán ó el facultativo que le asista; éste es un testamento excepcional dentro de la especialidad.

Termina el art. 716, diciendo que si dichas personas estuviesen en destacamento, ante quien lo mande, aunque sea subalterno, y como quiera que no distingue entre si el testador estuviese enfermo ó herido, ó por el contrario sano, es de creer que puede otorgarlo ante quien mande el destacamento, es decir, ante su jefe, no sin que se nos oculte que, dentro de la jerarquía militar, los oficiales subalternos son el segundo y el primer teniente, mientras que el sargento y el cabo solo son clases de tropa. Hubierase escrito el precepto «ante un oficial subalterno» y solamente podría otorgarse el testamento ante el primero y segundo teniente, pero como dice en seco, *subalterno*, creemos que esta palabra comprende también al cabo y al sargento cuando tienen la jefatura de un destacamento, pues lo que el Código quiere es que haya persona de superior graduación á la del simple soldado, que pueda imprimir, con su presencia, el sello social al testamento.

Pero en estas formas de testar, dentro de la especialidad, exíjese la intervención de dos testigos idóneos, y para apreciar si reúnen ó no esta cualidad, puesto que este testamento es el otorgado en campaña y no el del art. 720, debe estarse á lo dispuesto en el 681.

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 arts. 706 y siguientes: art. 717, que no tiene precedentes en nuestro derecho y se refiere también al testamento que se otorga en campaña. Tanto éste como el que se hace ante oficial que tenga por lo menos la categoría de capitán, ó ante el subalterno ó ante el capellán ó el facultativo, deberán ser remitidos, con la posible

brevedad, al cuartel general y por éste al Ministerio de la Guerra. El Ministro, si hubiere 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 dispuesta 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.

El cuartel general, al que debe remitirse el testamento por quien lo haya autorizado, según sea su clase, es el intermediario entre el presentante y el Ministerio de la Guerra. Debe estarse, para apreciar en cada caso lo que deba entenderse por cuartel general, á los artículos 10 y 16 del Reglamento sobre servicio de campaña de 5 de Enero de 1882.

Respecto á la determinación del domicilio del testador, son de aplicación los arts. 40 del Código y 68 de la ley de Enjuiciamiento civil. El art. 11 del Código de Justicia Militar de 27 de Septiembre de 1890 redujo la competencia de dicha jurisdicción especial á los límites de los arts. 716 al 721 del Código civil.

Los testamentos mencionados en el art. 716, caducarán cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña: artículo 719, que se refiere á los testamentos militares abiertos.

Durante una batalla, asalto ó combate y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos; no precisa que sean idóneos, porque se testa en caso excepcional, dentro de la especialidad; testamento que queda ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó; y aunque no se salve, será ineficaz si no se formaliza por los testigos ante el auditor de guerra ó funcionario de justicia que siga al ejército, procediéndose después á elevarlo, con la mayor brevedad (no es preciso que sea inmediatamente) al cuartel general para que éste lo eleve al Ministro de la Guerra.

Estudiando el art. 720 y relacionándolo con el 721 resulta: que en todo peligro próximo de acción de guerra puede hacerse el testamento militar en una de estas dos formas: nuncupativa ó cerrada; consiste esta última en expresar la voluntad, como determinan los arts. 706 y 707, ante un superior, desde un segundo Teniente hasta

un Capitán inclusive y dos testigos, debiendo firmar todos ellos el acta de otorgamiento, y asimismo el testador si pudiere.

El art. 721 no exige que los testigos sean idóneos y débese sin duda esto á que en esos momentos de peligro y es posible que no hayan mayores de 23 años que reúnan las condiciones exigidas; pero deben entender al testador y tener, además, en nuestro sentir, más de 14 años, que es la edad exigida para que sirva de prueba su declaración.

Si no se salva el testador en la batalla, asalto, etc., su testamento oral es ineficaz, de no formalizarse por los testigos ante el auditor de guerra ó funcionario de justicia que siga al ejército; de manera que deben rendir su declaración ¿Cuándo? El Código no lo dice, pero se entiende que debe ser tan pronto como pase la acción de guerra, para que recuerden los testigos la voluntad del testador; si éste no fallece, queda ineficaz su testamento nuncupativo, no el cerrado, pues semejante ineficacia no la establece el art. 721, antes tiene condición de permanencia, en cuyo otorgamiento deben observarse las solemnidades de los comunes. Aunque el art. 721 no dice qué debe hacerse después de otorgado el testamento cerrado; creemos aplicable, para suplir esta omisión, lo dispuesto en el 718.

### Del testamento marítimo

Al igual que el del militar, presenta el doble carácter de ordinario y extraordinario dentro de la anormalidad que es propia de su naturaleza, que determina excepciones de las reglas generales prescritas para el testamento común.

Tiene precedentes en el sacramental de Cataluña, y aún cuando el Derecho tradicional castellano no le dió reglas, se hacen necesarias desde que, descubierto el Continente americano y la Oceanía, han aumentado las comunicaciones marítimas con países de allende los mares. No en el privilegio, sino en la necesidad fúndase la especialidad de este testamento, que pueden otorgarlo los españoles en estas tres formas: abierta, cerrada y olográfica, debiendo distinguirse entre clases de buques. Si son de guerra, se otorgan, tanto el testamento abierto como el cerrado, ante el Contador ó quien ejerza sus funciones y en presencia de dos testigos idóneos que vean y entiendan al testador, sin que se exija su cualidad de españoles, ni que sean vecinos ó domiciliados, pues la nave se halla en alta mar; pero

han de ser varones y mayores de edad; esto último, según la ley á que se hallen sujetos, por regir en ello el estatuto personal, y, además; deben gozar de los sentidos de la vista y del oído, no tener perturbada la razón y no hallarse sujetos á la pena de interdicción civil.

Ante el Contador, que ejerce las funciones de Notario, y dos testigos, el testador expresa su voluntad y, una vez escrita con las formalidades prevenidas para el testamento nuncupativo, se lee el instrumento y se firma como el Código prescribe. El Comandante del buque lo recoje, pone en él su Visto Bueno, lo menciona en el Diario de Navegación y queda bajo su custodia. Quien sustituya al Contador en sus funciones, autoriza, como Notario, el testamento que éste otorga.

En el testamento cerrado también deben observarse las solemnidades prescritas para los de esta clase por el Código, sin otra diferencia que la de intervenir cinco testigos idóneos en vez de dos, siempre con el Contador. Firmada el acta sobre la plica, el Comandante pondrá su Visto Bueno, lo mencionará en el Diario de Navegación y quedará bajo su custodia, á menos que el testador quiera conservarlo en su poder, en cuyo caso, si fallece, deberá recojerlo y guardarlo dicha autoridad.

Los testamentos otorgados en los buques mercantes se otorgan del mismo modo que los anteriores, ejerciendo el Capitán las funciones de Notario.

Los testigos, en todas estas clases de testamentos, habrán de ser pasajeros del buque, si los hubiere; de manera que si no los hay, creemos que pueden serlo los tripulantes; pero uno de ellos, por lo menos, ha de poder firmar, haciéndolo por sí y por el testador, si éste no sabe ó no puede verificarlo.

Como se ve, el Código prescinde, en cuanto ha sido posible, de las solemnidades, y procura que estos testamentos tengan la mayor suma de garantías.

También puede otorgarse testamento ológrafo, que debe anotarse en el Diario de Navegación y ser recogido por el que mande el buque si el testador fallece durante el viaje.

Dentro de la especialidad de este testamento está, como excepcional, el que se otorga en peligro de naufragio; en él se prescinde de las formalidades propias de esta clase de testamentos, y al igual que el otorgado por el militar durante el combate, asalto, etc., es válido el que se hace de palabra ante dos testigos.

Si el buque arribare á un puerto extranjero donde haya agente diplomático ó consular español, el Comandante del de guerra ó el Capitán del mercante, entregarán á aquel funcionario copias del testamento abierto ó del acta de otorgamiento del cerrado y de la nota puesta en el Diario de Navegación. Dicha copia ó 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 hubiere recibido el testamento ó el que haga sus veces, firmando también los que estén á bordo de los que intervinieron en el testamento. De manera que éste no se entrega original al agente diplomático ó consular, sino la copia del mismo ó del acta, si es el cerrado, porque puede ocurrir que se pierda la embarcación en el viaje; pero el original de esos testamentos lo conserva el Comandante ó Capitán para entregarlo, cerrado y sellado, con copia del acta tomada en el Diario y certificación de fallecimiento del testador, á la autoridad marítima local del primer puerto de España, tan luego arribe el buque de guerra ó mercante.

El agente diplomático hará extender por escrito la diligencia de la entrega de la copia del testamento, cerrada y sellada ó la del acta de otorgamiento, si fuese cerrado, remitiéndolo todo, con la nota del Diario de Navegación, por el conducto correspondiente, al Ministerio de Marina, quien mandará que se deposite en el archivo de su Ministerio; contra recibo de esos documentos al agente diplomático ó consular, éste entregará á aquéllos, como resguardo, certificación de haberlo verificado, quienes pondrán nota de esto en el Diario de Navegación. La misma formalidad se ha de cumplir al entregarse el testamento original á la autoridad marítima del primer puerto del reino á donde arribe el buque, para que, sin dilación, se remita al Ministerio de Marina; éste, si el testamento fuese abierto y hubiese fallecido el testador, lo remitirá al Juez de su último domicilio y, no siéndole conocido, al Decano de los de Madrid, como se prescribe en el art. 718.

Cuando el testamento haya sido otorgado por un extranjero en buque español, el Ministro de Marina lo remitirá al de Estado, para que, por la vía diplomática, se le dé el curso que corresponda.

Hemos sistematizado los artículos del 722 al 729, ambos inclusive, y como el Código no prevé el caso de que no haya agente diplomático ó consular en el punto del extranjero á donde llegue el buque, preguntase qué ha de hacer el Comandante ó el Capitán; creemos que debe abstenerse de entregar dichas copias, haya ó no falle-

cido el testador. El original, lo mismo del abierto que del cerrado, debe entregarse al Comandante de marina del puerto español á donde llegue el buque, viva ó no el otorgante; si ha fallecido, se entregará además su certificación mortuoria.

El Código, al hablar del testamento ológrafo, se refiere al que se otorga á bordo, como una de las especialidades del marítimo, y no al otorgado antes de embarcarse.

### Testamento de español en país extranjero

El Código, aplicando la doctrina estatutaria, uno de cuyos principios es *LOCUS REGIT ACTUM*, prescribe que los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose á las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen, así como también en alta mar durante la navegación en buque extranjero, con arreglo á las leyes de la nación á que éste pertenezca. Fúndase este ordenamiento en que las formas de los actos jurídicos son materia del Derecho público; pero esta regla tiene su excepción, á saber: que los españoles en país extranjero pueden otorgar testamento ológrafo, aunque las leyes de allí no admitan esta forma de testar y, en cambio, declara el Código no ser válido en España el testamento mancomunado que los españoles otorguen en el extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiese otorgado. Esto último se debe á dos razones: una, á que realmente el testamento mancomunado no es forma de testar, sino una manera de testar: en vez de ser un otorgante son dos, y otra, que, de permitirse ese testamento, se eludiría sobrepticamente la prohibición impuesta por el Legislador, con solo trasladarse los testadores á un punto del extranjero.

El español fuera de su patria puede testar ante un agente diplomático ó consular de España. Si el testamento es abierto, además de ese agente, que hace las veces de Notario, han de concurrir tres testigos, sean ó no vecinos del lugar, observándose las formalidades prescritas por el Código y, entre éstas, la unidad de acto. El testamento cerrado se otorga ante dicho agente y cinco testigos sean ó no vecinos y con los requisitos prescritos para esta forma de última voluntad, pudiendo el testador depositarlo en poder de aquel funcionario ó conservarlo. El agente dicho 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,

así como también el testamento ológrafo ó el cerrado (que le hubiese sido entregado) cuando fallezca el testador, incluyendo el certificado de defunción.

El Ministro de Estado hará publicar en la *Gaceta* la noticia del fallecimiento para que los interesados en la herencia puedan recoger el testamento y gestionar su protocolización en la forma prevenida. Y á fe que esta facilidad puede ser motivo de abuso si tan llanamente se aplica el art. 736.

El extranjero puede otorgar testamento en España con arreglo á las prescripciones del Código civil, en forma abierta ó cerrada; pero para testar en lengua extranjera quien no conozca el idioma español, que es el castellano, por más que sepa algún dialecto, requiérese la presencia de dos intérpretes elegidos por él, quienes deberán traducir su disposición al castellano. Como pudiera resultar que la versión ó interpretación estuviese equivocada, exige el Código (artículo 684) que el testamento se habrá de escribir en las dos lenguas.

No es preciso que esos intérpretes sean jurados, como se exigió en la primera edición del Código, pues el cumplimiento de este requisito constituiría dificultades y aún imposibilidad en la práctica, y como los dos intérpretes solo intervienen para que se conozca la voluntad del testador, desconocedor del idioma español, no puede omitirse la asistencia de los testigos en número é idoneidad, según sea la clase de testamentos, debiendo indicar que el art. 684 no se refiere, á nuestro juicio, de acuerdo con Manresa, al testamento cerrado ni al ológrafo, porque las formalidades en él exigidas son contrarias al carácter reservado de los mismos. Esto no excluye el derecho que el extranjero tiene á otorgar testamento ológrafo y el cerrado.

Pero como quiera que en la autorización de éste el testador ha de manifestar que, dentro del pliego se halla contenido aquél, no pudiendo hacerlo por desconocer el idioma español, deben concurrir los dos intérpretes, al efecto antes dicho, y escribir las palabras del otorgante en los dos idiomas al extenderse el acta sobre la carpeta; así, por lo menos lo entendemos, porque esa acta es parte del todo jurídico testamento.

### De los testigos

A medida que hemos estudiado los testamentos según el Código civil, hemos expresado el número de éstos; réstanos tratar de la ca-

pacidad que deben tener para que el acto jurídico en que intervengan goce de validez.

No pueden ser testigos en los testamentos: 1.º Las mujeres, salvo el otorgado en caso de epidemia ¿En qué se funda esta prohibición? ¿Acaso el testigo ejerce una función pública cuyo desempeño está prohibido al sexo femenino? ¿Es que la mujer, cuya personalidad jurídica fué desconocida por el Derecho romano, sometida á la patria potestad ó á la tutela de su marido ó de sus agnados, es tan habladora que no pueda mantener el secreto del testamento que presencie? Sin darnos pujos de feministas, creemos que hoy no tiene fundamento esa prohibición; máxime cuando la soltera y la viuda mayores de edad gozan de capacidad plena para el ejercicio de todos los derechos civiles, y acto rigurosamente civil es el testamento, y no público, reservado á los ciudadanos romanos en cuyos comicios reunidos donde se elaboraba la ley, no tenía entrada la mujer. De manera que esa prohibición es un vestigio del Derecho romano en sus primeros tiempos, con la que pugnan, como hemos visto, las legislaciones de Vizcaya y Aragón, que, sin dificultad alguna, admiten el testimonio de la mujer, que el Derecho castellano también reconoce tratándose de prueba en los juicios.

2.º Los varones menores de edad, menos tratándose del testamento en tiempo de epidemia en el que pueden serlo los mayores de 16 años. También es un contrasentido que el que puede estar por tener 14 años, regir su persona y bienes á los 18, por hallarse emancipado, ser testigo en los documentos públicos intervivos, declarar ante los tribunales y servir al ejército siendo centinela del honor nacional, no pueda ser testigo en un testamento, acaso de poquísima importancia. El Tribunal Supremo declaró, en Sentencia 21 Noviembre 1899, la validez de un testamento hecho en peligro inminente de muerte ante cinco testigos, uno de ellos menor de edad, porque, si bien le faltaban siete meses para cumplir los veintitres años, era tenido por mayor, según estaba comprobado por hechos anteriores y posteriores al otorgamiento del testamento y porque semejante posesión de estado debe producir, para los que, de buena fe, requirieron su intervención, los mismos efectos que si realmente tuviese la edad cumplida, por ser aquélla una circunstancia que se impone naturalmente en las relaciones de la vida.

En cambio, por otra Sent. de 30 de Noviembre de 1906, se dice que es nulo el testamento otorgado ante testigos menores de edad, porque no son idóneos.

3.º Los que no tengan la cualidad de vecinos ó domiciliados en el lugar del otorgamiento, salvo en los casos expresados por la ley. Esta prohibición arranca del Ordenamiento de Alcalá que la refirió únicamente á los testamentos nuncupativos; el Código la hace extensiva á los cerrados; el domicilio equivale á la vecindad y, en este punto, se declaró, en Sent. de 19 Noviembre 1898, que el criado ó doméstico tiene su residencia habitual en el domicilio de su amo, aunque no aparezca incluido en el padrón del pueblo y que, acerca de esto, la vecindad del testigo se rige por el Código civil y no por la ley Municipal.

4.º Los ciegos y los totalmente sordos ó mudos. El testigo debe estar dotado de facultades precisas para la percepción y expresión de los hechos que presencie, y de aquí que la ley establezca esas incapacidades.

5.º Los que no entiendan el idioma del testador. Lo propio decimos de esta incapacidad; quien no comprenda lo que dice el otorgante mal puede atestiguarlo.

6.º Los que no estén en su sano juicio, porque su falta de razón les priva de las condiciones adecuadas para el desempeño de sus funciones. Y aún cuando los locos y dementes, declarados como tales por resolución judicial, recobren la razón, mientras no se levante la incapacidad no pueden ser testigos; y cuenta que bajo las palabras «sano juicio» comprende el precepto toda causa perturbadora de la razón; así es que, si se demuestra que el testigo estaba ebrio y, por ende, tenía perturbada aquella facultad, el testamento en que haya intervenido como testigo, debe ser declarado nulo, porque la ley lo que quiere—y de ahí el empleo de las palabras genéricas «sano juicio»—es que el testigo tenga idoneidad, esto es, aptitud natural y legal de poder intervenir en el otorgamiento de ese acto mortis causa. Consecuencia de esto es que, aún cuando no se haya declarado la incapacidad del testigo por locura ó demencia, si se prueba que se hallaba en este estado patológico cuando concurrió como testigo del testamento, éste, fálto, por tal causa, de solemnidades externas, no puede tener validez.

Hasta aquí los casos de verdadera incapacidad; el Código excluye á otras personas de intervenir como testigos por razón de probidad y son:

7.º Los que hayan sido condenados por el delito de falsificación de documentos públicos ó privados, ó por el de falso testimonio, porque al cometer estos hechos justiciables demuestran el poco respeto

que les merece la verdad de los hechos y porque su honorabilidad se halla en entredicho, no mereciendo la declaración de estas personas garantía de certeza. Tampoco pueden ser testigos los que estén sufriendo pena de interdicción civil, porque, como accesoria de los delitos graves ó crímenes, como los llama el Código penal francés, lleva consigo la privación del derecho de testificar.

Además, el testigo debe ser imparcial y de aquí que el Código comprenda la prohibición del número.

8.º Los dependientes, amanuenses, criados ó parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad del Notario autorizante. El Código no ofrece en este punto las dudas que produjo el art. 21 de la ley del Notariado, el art. 79 del primer Reglamento de ésta, el 70 del Reglamento de 1874, que, por analogía á lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento civil, considera escribiente ó amanuense, dependiente ó criado al que presta sus servicios mediante un salario ó retribución y vive en casa del Notario.

La legalidad es que, vivan ó no vivan los dependientes, amanuenses ó criados en casa del Notario, tengan ó no tengan salario ó retribución, no pueden ser testigos en los testamentos que este último autorice, y sin embargo pueden serlo en Cataluña, como hemos dicho en este capítulo, por no ser allí aplicable el núm. 8.º del art. 681 del Código, y sí sus Constituciones. (Sent. de 8 de Junio de 1904).

En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituídos, ni los parientes de los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad ó del 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.

Por razón de parcialidad ha establecido el Código la anterior y la presente prohibición. El Derecho no admitía al heredero como testigo en el testamento en que fuere instituído como tal, pero sí á los legatarios, sin distinción, y á los fideicomisarios: excluyó también á los parientes del heredero instituído (ley 20, tít. 1.º, lib. 28 del Digesto y §§ 10 y 11, tít. X, lib. II de la Instituta). El Código mantiene algo esta doctrina, y decimos algo, porque el Derecho romano permitía ser testigos á los legatarios, sin distinción, quienes ahora solo pueden serlo, así como sus parientes en el grado antes señalado, si consiste el legado en algún objeto mueble (el Código se produce en singular), ó en cantidad de poca importancia con relación al caudal

hereditario (esto es muy vago) habiendo venido la Sent. de 4 de Noviembre de 1899, en la que se dice que el Código no establece regla alguna determinativa del límite dentro del cual deba contener el testador su liberalidad, para que la intervención del testigo en su testamento sea verdadera y válida.

Para que un testigo sea declarado inhábil es necesario que la causa de su incapacidad exista al tiempo de otorgarse el testamento: art. 683, confirmatorio de que, siendo la concurrencia de los testigos y su idoneidad, elementos integrantes de las solemnidades externas éstas deben rodear el acto jurídico testamento al otorgarse y no después.

El Notario, por su cualidad de profesor de Derecho, debe procurar que los testigos no se hallen comprendidos en ninguna de esas prohibiciones, por incapacidad, falta de probidad y parcialidad, mayormente cuando los arts. 705 y 715 le hacen responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan por declararse nulo el testamento autorizado sin las debidas solemnidades; pero estas responsabilidades solo caben cuando ese funcionario haya procedido con malicia, negligencia ó ignorancia inexcusable, y de aquí que debe preguntar á los testigos si se hallan comprendidos en algunas de esas prohibiciones, consignando su negativa en el testamento.

### Jurisprudencia

Por la Sent. de 28 de Junio de 1909 se reitera la doctrina contenida en la de 1.º de Febrero de 1907, de que se cumple la unidad de acto si, una vez redactado el testamento conforme á instrucciones, se lee en alta voz y manifieste el testador su conformidad, firmándolo el con Notario y testigos.

La legislación catalana no excluye la necesidad de estimar la exactitud ó veracidad de los testigos, la cual, no sometida á reglas apreciables, es de índole subjetiva, no susceptible de casación, pues la eficacia del juramento y de la adveración en el testamento sacramental está subordinada á la apreciación que se forme de la veracidad de los testimonios; de manera que debe darse aplicación restrictiva al *RECOGNOVERUNT PRÓCERES* (Sent. 27 Noviembre 1909).

La disposición que completa ó adiciona un testamento, hecho en Cataluña, modificando los términos de la institución de heredero, constituye verdaderamente otro y contra ella no pueden prevalecer

las leyes romanas, bajo el supuesto de no contener tal institución, ya que en lo no reformado se ratifica ésta (Sent. 13 Noviembre de 1909).

Estimándose justificado que el testador expresó su voluntad y la ratificó después de redactada y explicada en vascuence por el Notario autorizante, conforme ordena el art. 62 del Reglamento, en relación con el 25 de la ley del Notariado, es válido el testamento, sin que, en casación, pueda combatirse la apreciación de la prueba hecha por la Sala sentenciadora (Sent. 18 Enero 1911).