

CAPÍTULO XII

Del contenido del testamento

En el capítulo anterior hemos estudiado el testamento como continente del acto jurídico *mortis causa*, como el molde en que se vacía la voluntad individual dentro de la ley para producir relaciones, de las que son producto ó resultado derechos y obligaciones. Vamos á estudiar ahora el contenido del testamento.

Institución de heredero

En dos principios fundamentales descansó el sistema sucesorio en Roma; incompatibilidad de las sucesiones testada é intestada (esta última, llamada legítima, constituyó la regla general de que fué excepción la primera), y la institución de heredero ó sea la designación de persona ó personas hecha por el testador para que le sucedan en sus derechos, acciones y obligaciones, es decir, en la universalidad de sus bienes (ley 1.^a Dig. DE HERED. INST.)

Dice la ley 1.^a, tít. 3.^o de la Part. 6.^a que «*HEREDEM INSTITUIRE* en latín, tanto quiere decir como establecer un ome á otro por su heredero de manera que finque Señor después de su muerte de lo suyo ó de alguna partida de ello en lugar de aquel quel establescio.»

Tanto en Roma como en Castilla, por disponerlo las Partidas, la institución de heredero era necesaria para la validez del testamento; allí se decía que ese llamamiento era *CAPUT ET FUNDAMENTUM*

TESTAMENTI; sin él venía la sucesión intestada ó legítima, en respecto al principio NEMO PRO PARTE TESTATUS, PRO PARTE INTESTATUS DESCEDERE POTEST.

La institución de heredero fué consecuencia obligada del carácter asaz religioso y político de la familia romana, pues los deberes pietistas, como los llama Hegel, y los de ciudadanía, al no poderlos cumplir el testador tenía que declinarlos en su continuador.

Ni en el Fuero Juzgo, que no constituyó una encarnación del elemento godo, como dice Manresa, sino el asilo de las legislaciones romana y goda recogidas por el Derecho indígena; ni en los Fueros municipales, ni en el Fuero Viejo de Castilla, ni aún en el Fuero Real se consideró necesaria la institución de heredero. Las Costumbres de Lérida, colección del año 1228, prescindieron de ese requisito, proclamando que no solía instituirse heredero nominalmente, sino establecer ejecutores MANUMISSORES, en catalán *marmesores*, con encargo de dividir los bienes de la manera expresada por el testador, sin que tampoco fuese necesario el nombramiento de tales albaceas (rúbs. 154 y 155). En ese siglo XIII, que fué el de oro en Cataluña, cuando ya el romanismo había penetrado en su legislación á título de representante del buen sentido y de la equidad, se publicó la importante colección de las Costumbres de Tortosa, donde, sin ambages ni rodeos, se exalta el principio de la validez del testamento, aunque no contenga institución de heredero (lib. 6.º, rúb. 4.ª § 2.º y lib. 6.º, rúb. 5.ª)

Las Costumbres de Lérida, á pesar de darse veintiocho años antes de empezar los trabajos de redacción de las Partidas y de producirse en una época en que el espíritu romanista, ufano por su sabiduría, se apoderaba de la civilización catalana, supieron sustraerse á su incontrastable poder, como también se sustrajo el Código de las Costumbres de Tortosa; y un siglo después, en 19 de Octubre de 1339, el Privilegio concedido por Pedro III á la ciudad de Barcelona, rompiendo con aquella exigencia, hubo de prescribir, á los favores de la libertad, que es clásica en la España antigua, cincelada por el genio godo, que todas las solemnidades internas y externas del testamento nuncupativo ó abierto quedaban reducidas á la capacidad del testador y á la intervención de Notario y dos testigos idóneos. Como se ve, el Derecho catalán municipal no se apartó, en el punto de la institución de herederos, ni del Fuero Juzgo, ni de los fueros locales, ni del Fuero Viejo de Castilla, ni del Fuero Real, descubriéndose, en esta coincidencia de fondo, la idea de que

el elemento godo, traducido en forma de costumbres y de leyes locales, estaba divorciado del propiamente romano, que prevaleció en Castilla, por obra del Código alfonsino, hasta que fué preciso reivindicar el primero en el Ordenamiento de Alcalá, proclamador de la libertad de instituir heredero y de la compatibilidad de la sucesión testada y de la legítima, conquistas estas que el Código ha recogido amorosamente, disponiendo, en su art. 764, que el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero ó ésta no comprenda la totalidad de los bienes y aunque el nombrado no acepte la herencia ó sea incapaz de heredar, en cuyos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias, pasando el remanente de los bienes á los herederos legítimos.

En Aragón, según prescribe la Observancia 5.^a DE TESTAMENTIS; tampoco es necesaria la institución de heredero, por cuanto se puede morir parte testado y parte intestado. En Navarra, á pesar de proclamar su legislación una casi libertad de testar, es nulo el testamento sin dicha institución, porque allí impera, en este punto, el Derecho romano; y en Vizcaya no existe precepto alguno en sus leyes que trate de este requisito, debiendo acudirse al Código, por constituir éste el Derecho supletorio en aquella provincia, lo mismo que ocurre en la región balear.

Capacidad del heredero

Las incapacidades son de dos clases: absolutas y relativas, tanto para suceder por testamento, como abintestato; pero es preciso que unas y otras se hallen establecidas en la ley.

El Derecho romano exigió la capacidad del heredero testamentario, si era voluntario, en tres tiempos ó temporales, como dicen las Partidas: al ser instituído, al morir el testador, y al aceptar la herencia; esto último no rezaba para el caso en que el instituído fuese un póstumo (Instit. § 8.^o DE HEREDIT QUIÆ AB INT. DEF.) Si era heredero suyo y necesario, ó forzoso, se exigió esa capacidad solo al tiempo de la muerte del testador, que es cuando se abría la sucesión, y si heredero necesario, unido á aquél por el yugo de la esclavitud ó de la servidumbre, debía ser capaz al otorgarse el testamento y á la muerte del causante, no al aceptarse la herencia, porque tenía que adirla; por esto se le llamaba necesario, á fin de que no quedase ineficaz ó destituida la postrera voluntad.

El Código, separándose del Derecho romano, exige, en su artículo 758, que, para calificar la capacidad del heredero ó legatario, se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, y que si esa incapacidad es por haber atentado aquellos contra la vida del testador, de su cónyuge, ascendientes ó descendientes, ó por haberle acusado de delito al que la ley señala pena aflictiva ó por adulterio con la mujer de aquél, se esperará á que se dicte sentencia firme, y si la incapacidad es porque ese heredero mayor de edad, sabedor de la muerte del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes á la justicia, se esperará á que transcurra este plazo.

Puede haberse hecho la institución condicionalmente, en cuyo caso, tanto ésta, como el legado con tal modalidad hecho, exigen en la persona favorecida no solo capacidad al tiempo de la muerte del testador, sino al tiempo en que se cumpla la condición. En cambio, la Instituta, tít. 19, lib. 2.º, exigió solo en las herencias y legados condicionales el requisito de capacidad, no al otorgarse el testamento, como se prescribió en la institución pura (tít. 7.º, lib. 34 y tít. 17 del lib. 50 del Digesto, consagradores del principio de Catón, QUOD AB INITIO VICIORUM EST, TRACTU TEMPORIS CONVALESCERE NON POSSE), sino al cumplirse la condición, porque en el entretanto estaba en suspenso el derecho del sucedáneo.

Si, pues, el heredero ó legatario condicional solo tienen un derecho IN POTENCIA á la sucesión universal ó singular, es lógico que si mueren antes que la condición se cumpla, y aunque sobrevivan al testador, no transmitan aquél á sus herederos: así también lo prescriben el tít. 51, lib. 6.º del Código de Justiniano y las leyes 4.ª y 5.ª, tít. 2.º, lib. 36 del Digesto, sin que quepa distinguir entre condiciones suspensivas y resolutorias, positivas ó negativas, potestativas, casuales ó mixtas. El heredero ó legatario, afectado su derecho por condición, cuando se cumpla ésta ha de tener capacidad, pues en esa ocasión es cuando se concrecionan los derechos nacidos de esa manera de disponer, sin que el texto legal distinga tampoco entre clases de incapacidades, ora sean absolutas, ora relativas, bien que dicho ordenamiento hay que subordinarlo, por operación sistemática, á las disposiciones del Código relativas á los efectos de las condiciones impuestas á tales sucedáneos.

En toda institución ó sustitución condicional, el instituido ó sustituto necesita tener capacidad legal para adquirir la herencia ó legado al tiempo de realizarse la condición impuesta (Sent. de 8 de

Junio de 1896). Además podemos citar la de 11 de Abril de 1905, declaratoria de que no envuelve condición suspensiva la disposición del testador, de que al fallecimiento de la heredera usufructuaria pasaren los bienes en pleno dominio á los hijos de ella si llegase á tenerlos y en caso contrario á otras personas, sin que entrañe esto tampoco sustitución vulgar, por no encajar en la fórmula propia del art. 774.

Tenemos, pues, que el heredero ó el legatario deben ser capaces en las situaciones jurídicas expresadas; el incapaz que, no obstante tal prohibición, hubiese entrado en posesión de los bienes hereditarios, estará obligado á restituirlos con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido (art. 760, con precedentes en la ley 17, tít. 9.º, lib. 34 del Digesto y ley 1.ª, tít. 35, lib. 6.º del Código de Justiniano), porque no puede perjudicar al verdadero heredero testamentario ó abintestato; pero si, además de ser incapaz, mediara en él notoria mala fe al posesionarse de los bienes, entonces, siguiendo el sentir de Manresa, debe devolver los frutos que hubiesen podido producir los bienes, no por prescribirlo el art. 760, sino por la regla general establecida en el 455, que no excluye de su sanción al heredero incapaz, quien, en todo caso, y por añadidura, debe responder del deterioro que hayan sufrido los bienes, si hubiese procedido con dolo, á fin de que no quede perjudicada la persona á la cual deban pasar, responsabilidad que también le alcanza, aún mediando fuerza mayor, si maliciosamente hubiese retrasado la entrega, pues no debe ser moroso en el cumplimiento de la obligación que terminantemente le impone el art. 760.

Si el excluído de la herencia por incapacidad fuere hijo ó descendiente del testador (esto dice á los casos de indignidad del heredero ó legatario) y tuviese hijos ó descendientes, adquirirán éstos su derecho á la legítima. El excluído no tendrá el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos. Así lo prescribe el art. 761, de cuyo contexto irradia una idea sugestiva que arguye un gran progreso: que el Derecho se va lentamente humanizando, pese al misoneísmo. Las leyes romanas (17, tít. 9.º, libro 34 del Digesto y 1.ª, tít. 35, lib. 6.º del Código) hacían extensiva á los hijos la indignidad ó incapacidad del padre, pues en ningún caso admitían la representación de una persona viva.

Examinando ese artículo, resulta que si el excluído de la herencia por incapaz no es hijo ó descendiente del testador no adquieren ningún derecho, pues á ellos alcanza la falta cometida por su padre;

pero si es hijo ó descendiente, los de éste adquieren, á pesar de esa incapacidad del autor de sus días, su porción de legítima. ¿Cuál es ésta? Si el incapaz hubiese sido mejorado, sus hijos ó descendientes no tienen derecho á ella, por ser potestativo en el testador dejarla ó no; pero si no hubiese dispuesto de la mejora, y puesto que la legítima es, en su verdadero sentido, la constituida por los dos tercios, tales hijos ó descendientes del incapaz tendrán derecho á ella, no por título de representación de su padre, porque éste queda excluido, sino en concepto de descendientes del testador, como si aquél no existiese. Y á tal punto llega la sanción del Código que, á fin de que ese incapaz no se aproveche en nada de lo que hereden sus hijos, le excluye del usufructo y administración de los bienes que por tal causa ellos adquieran, haciéndose necesario que se nombre un administrador, para que la prohibición de la ley tenga efectividad jurídica.

El art. 762 viene á ser, como las aguas del Jordán, purificador de la culpa; no establece un indulto expreso, sí que una remisión tácita en homenaje al tiempo. Con efecto, prescribe que no puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia ó legado ¿En qué se funda esto? Para unos en que las sucesiones no deben quedar en lo incierto por el temor de contiendas, exigiéndose un plazo prudencial para deducir las reclamaciones acerca de la incapacidad del heredero ó legatario; para otros, en que, transcurridos esos cinco años, son averiados y recusables los testimonios en apoyo de tal indignidad; pero esto estaría en su lugar sí el caso que ésta motivó no estuviese resuelto por una ejecutoria, y, para algunos, en que transcurrido ese lapso de tiempo sin deducir reclamación los que, como interesados, pudieran hacerla, se presume perdonada la falta, como la perdonaría el testador desde la eternidad.

Cualquiera que sea el fundamento racional de ese artículo, y nos inclinamos por el primero, sin apartarnos tampoco del tercero, es de celebrar su contenido, puesto que irradia esa idea esplendorosa de la humanización del Derecho.

A todo esto no hemos estudiado todavía cada una de las

Incapacidades

Las llamadas absolutas se hallan establecidas en el art. 745 y son:

1.^a Las criaturas abortivas, entendiéndose por tales las que no reúnen las circunstancias exigidas en el art. 30, ó sean las que no han vivido veinticuatro horas ó no se hallan desprendidas del seno materno ó nazcan con figura que no sea humana.

2.^a Las asociaciones ó corporaciones no permitidas por la ley.

De manera que los religiosos profesos de órdenes reconocidas ó no reconocidas en España, y la Iglesia tienen capacidad para adquirir, esta última con arreglo al Concordato y convenios con la Santa Sede.

Y puesto que hablamos de la capacidad de los religiosos, cosa distinta de la de las comunidades religiosas, importa hacer breve historia de ella.

La ley 11, tít. 6.^o, lib. 3.^o del Fuero Real prohibió la testamentificación pasiva á las religiosas, pasado el primer año de profesión; la ley 17, tít. 1.^o de la Part. 6.^a, estableció la misma prohibición, tanto de las religiosas como de los religiosos, prohibición que fué regulada en el cap. 2.^o de la sesión 25 del Concilio de Trento, sin que fuese levantada hasta el Decreto-ley de 29 de Julio de 1822, restablecido en 25 de Enero de 1837, que permitió adquirir á los religiosos extestamento y abintestato si estaban exclaustros y á partir de la fecha de la secularización, no obstante cualquier renuncia ó cesiones que hubieren hecho en favor de sus propias comunidades ó de sus familias cuando entraron en Religión y sin que esa ley tuviese efecto retroactivo con relación á las legítimas y sucesiones adjudicadas ó adquiridas por otros parientes ú otras personas antes de ser exclaustros aquéllos. Continuó la prohibición de adquirir respecto de los no exclaustros, y acerca de este punto surgieron dudas que hoy no tienen ya motivo, puesto que el Código, que había establecido la prohibición respecto de los religiosos de ambos sexos, fué modificado, á petición de varios obispos, en el sentido de no comprender entre las incapacidades á dichas personas.

El art. 28, de la ley de 29 de Julio de 1837, derogando disposiciones anteriores, declaró que las religiosas que continuasen en los conventos subsistentes desde el Decreto de exclaustros de 8 de Marzo de 1837, tenían capacidad para adquirir intervivos ó extestamento y gozarían de los demás derechos civiles correspondientes á los eclesiásticos seculares y religiosos profesos de ambos sexos exclaustros; dispuso el R. D. de 25 de Julio de 1868 que las religiosas profesas no podían adquirir individualmente bienes de ninguna especie, siendo nulas, y sin ningún valor ni efecto, las adquisi-

ciones que ilegalmente hicieran; pero este Decreto fué derogado, en plena situación revolucionaria, por el de 15 de Octubre del mismo año, restablecedor de la ley del 37.

Tenemos, pues, en fin de cuentas, que los religiosos profesos de ambos sexos, estén en el claustro ó en el siglo, gozan de capacidad para adquirir por título de herencia, salvo las limitaciones que el Código especialmente determina. Dice el ilustre Obispo de Jaca Sr. D. Antolín López Peláez, que como lo que adquieren los religiosos es para la comunidad, ésta tiene que sentir los efectos de las injustas limitaciones puestas al individuo. Para vencer este inconveniente, añadimos nosotros, exígese, sin efectos civiles, la autorización canónica que los religiosos profesos deben solicitar para adquirir por herencia.

Respecto de la capacidad de las comunidades religiosas, tenemos que el art. 15 de la ley desvinculadora de 11 de Octubre de 1820, les prohibió adquirir bienes raíces; aquélla, que, restaurado el régimen absoluto, fué derogada por R. D. de 1.º de Octubre de 1823, quedó restablecida en 30 de Agosto de 1836, y se mantuvo tal prohibición. Por el art. 41 del Concordato de 1851 se reconoció á los institutos religiosos el derecho de adquirir por testamento; pero éstos no eran todos, sino las comunidades concordadas, tales como las de San Vicente de Paul y San Felipe Neri y una tercera que había de determinarse entre las potestades espiritual y temporal, respecto de las de hombres, y en cuanto á las de mujeres, se conservaron las de las Hijas de la Caridad y las casas de religiosas que á la vida contemplativa unan la enseñanza de niños ú otras obras de caridad. El Concordato no comprendió otras congregaciones; á éstas se les dió existencia legal, y las disposiciones de lo paccionado no podían referirse á las que por mandato del Poder público habían quedado disueltas y, por tanto, sin personalidad jurídica.

El Sr. Obispo de Jaca cree que las comunidades religiosas, lo mismo las concordadas que las no concordadas, pueden adquirir por testamento con sujeción á lo dispuesto en el art. 38 y, al efecto, consigna lo siguiente: «Dígase en contra lo que se quiera, si las comunidades religiosas no se comprenden aquí bajo el nombre de Iglesias, son asociaciones autorizadas ó reconocidas por la ley». (Pág. 80 de su meritísimo libro «El Derecho español en sus relaciones con la Iglesia»).

No podemos participar, en absoluto, de tan autorizado sentir. A juzgar por dichas palabras y, mejor, por la estructura del párrafo

copiado, dicho Prelado no está muy seguro de que las congregaciones religiosas se hallen comprendidas, según el Código, bajo el nombre de Iglesias, porque, para apoyar su juicio, supone que la capacidad de ellas se funda en que son asociaciones autorizadas ó reconocidas por la ley. Esto último, tomado en absoluto, es erróneo; pero relativamente considerado es una verdad.

Nos explicaremos: las comunidades concordadas, como quiera que tienen una autorización paccionada entre ambas potestades, gozan de los beneficios de las leyes, y ya se las comprenda bajo el nombre de iglesias, ya como tales asociaciones reconocidas, han personalidad jurídica; no así las no concordadas; se hallan legalmente disueltas y en situación de pura tolerancia, hasta que *ad kalendas grecas* se publique la timorata ley de Asociaciones, todavía en el telar parlamentario. Alguna diferencia tiene que haber entre unas y otras comunidades, siendo de añadir que, como dice el Sr. Sánchez Román, el art. 38 del Código es de carácter general y el 746 constituye la regla especial de capacidad para suceder por el testamento, á cuyos términos hay que estar, no concebidos en la forma absoluta que presenta el párrafo segundo de aquél.

Y respecto de la capacidad de la Iglesia, diremos que la ley de 11 de Octubre de 1820 prohibió que pudiese adquirir bienes raíces ó inmuebles por testamento, etc.; el Concordato de 16 de Agosto de 1851 le reconoció capacidad para adquirir por cualquier título legítimo, y por la ley de 1.º de Mayo de 1855, completada por la de 11 de Julio de 1856, se pusieron en estado de venta sus bienes, llevándose á cabo la desamortización, habiendo declarado el Tribunal Supremo en Sent. de 28 de Abril de 1882, que todos los bienes raíces que poseía la Iglesia, como los adquiridos en adelante, debían convertirse en títulos de la Deuda pública.

El Código, puesto que no podía separarse del Concordato, reconoce á la Iglesia capacidad para adquirir, no solo por el art. 38, que es el general, sino por el 746, que añade á la palabra «iglesias», cabildos eclesiásticos.

Precisamente por haberse empleado la palabra «iglesia» en plural y no en singular, es por lo que entienden algunos escritores que bajo esa denominación se comprenden las comunidades religiosas, tanto las concordadas como las no concordadas.

Si por iglesia se entiende—como dice Gómez Salazar—la Sociedad instituída por Jesucristo, compuesta de fieles cristianos unidos entre sí por la profesión de una y de la misma fe cristiana, partici-

pando de los mismos sacramentos y bajo la dirección de los mismos pastores, especialmente el Romano Pontífice, es inconcuso que las comunidades religiosas se comprenden dentro de la palabra Iglesia, de la cual son estas sus pupilas, como dijo el Sr. Maura en las Cortes, si mal no recordamos. Pero no es este el concepto de la Iglesia, tal como el Código emplea la palabra, pluralizándola; significa las determinadas ó que existan en cada pueblo, aunque todas ellas son órganos de la Sociedad cristiana, con su jerarca el Santo Padre; y esas iglesias, así como los cabildos eclesiásticos, que no viven en comunidad, integradores también de aquella sociedad instituida por Jesucristo, son las que, dentro del estado de derecho establecido por el Concordato, pueden adquirir por testamento. Si el legislador hubiera querido comprender en el art. 746, bajo el léxico iglesias, á las comunidades religiosas disueltas, aunque estén toleradas, las habría incluido en el mismo antes ó después de las palabras «y los cabildos eclesiásticos».

También pueden adquirir las provincias, los Ayuntamientos y los municipios, los establecimientos de hospitalidad é instrucción pública, las asociaciones autorizadas ó por la ley y las demás personas jurídicas, con sujeción á lo dispuesto en el art. 38.

La ley de 11 de Octubre de 1820 prohibió á los establecimientos benéficos adquirir bienes inmuebles; pero la de Beneficencia de 20 de Junio de 1849 y la Instrucción de 27 de Abril de 1875 reivindicaron dicha capacidad, atemperándose en un todo á las reglas y leyes de su constitución. Los establecimientos de enseñanza tampoco podían adquirir bienes, según dicha ley desvinculadora de 1820; pero, por las de 3 de Mayo de 1837 y 1.º de Mayo de 1855, se les permitió la adquisición de capitales de censos ú otros efectos de rédito fijo, disponiendo la de 11 de Julio de 1856 la venta de todos los bienes destinados á la enseñanza; de manera que pueden adquirirlos, pero no retenerlos.

Y en cuanto á la capacidad de las Diputaciones provinciales, provincias, ayuntamientos y municipios, todas estas corporaciones y entidades pueden adquirir bienes, conforme á sus leyes orgánicas y al Código civil que las sule.

Afortunadamente, por obra de la humanización del derecho, han desaparecido las prohibiciones que tenían para adquirir bienes los hijos adulterinos, los incestuosos, los sacrílegos, en algunos casos los naturales, las personas de mala vida ó fama, cuando excluían de la herencia á los hermanos del testador, por haberlos preterido éste,

lo cual recuerda la queja de inoficioso testamento concedida por la legislación romana, cuyos hermanos podían pedir la nulidad de aquél, acogiéndose á lo dispuesto en la ley 12, tít. 7.º de la Partida 7.ª; de manera que las incapacidades relativas quedan hoy reducidas á las consignadas en los arts. 752 al 754. Si bien se advierte, más que incapacidades, esos preceptos establecen casos de ineficacia de disposiciones testamentarias, motivo á relación del testador con dichas personas, y su fundamento no es otro que alejar de toda sospecha insidiosa, por captación ó por engaño, la postrimera voluntad.

Así, no producirán efecto tales disposiciones que el testador haga durante su última enfermedad á favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado ó de su Iglesia, cabildo, comunidad ó instituto, prescripción que tiene por precedente el Auto acordado (3.º, tít. X, lib. 5.º de la Recopilación), extensivo á toda la nación por Real Cédula de Carlos III de 18 de Agosto de 1771, donde se dice lo siguiente: «La ambición humana ha llegado á corromper aún lo más sagrado, pues muchos confesores olvidados de su conciencia, con varias sugerencias inducen á los penitentes y lo que es más, á los que están en artículo de muerte á que les dejen sus herencias como título de fideicomisos ó con el de distribuirlas en obras pías ó aplicarlas á las iglesias y conventos de su instituto, fundar capellanías y otras disposiciones pías, de donde proviene que los legítimos herederos, la jurisdicción Real y derechos de la Real Hacienda quedan defraudados, las conciencias de los que esto aconsejan y ejecutan bastante enredadas, y sobre todo, el daño es gravísimo y mucho mayor el escándalo». Dicha cédula, que es la ley XV, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilación, tuvo carácter general, y por Reales Cédulas de 13 de Febrero de 1787 y 30 de Mayo de 1830 se aplicó á las herencias dicha incapacidad que antes estaba limitada á los legados y fideicomisos.

Como quiera que el art. 772, por ser prohibitivo, no puede interpretarse extensivamente, no equivale á confesar á un enfermo el administrarle los sacramentos ó prestarle los auxilios espirituales, si no se ha efectuado la confesión (Sent. 8 Enero de 1896). No obsta el accidente determinativo de la muerte más ó menos repentina para estimar última enfermedad del así fallecido, aquella bajo cuya influencia estaba cuando testó en favor de su confesor, si no consta que posteriormente hubiese curado de ella y sí que existía cuando

ocurrió el accidente, aunque experimentase la enfermedad algunas alternativas, pues nada de ello altera los fundamentos racionales de la incapacidad declarada en el expresado artículo (Sent. 25 Abril de 1899). Dada la tolerancia de cultos, establecida en nuestra Constitución del Estado, la referida incapacidad hay que extenderla á los ministros de las demás religiones disidentes de la Católica. Y como el art. 752, hablando del parentesco del confesor, dice «cuarto grado» sin distinguir si es por consanguinidad ó por afinidad, pues el sacerdote puede ser viudo y con hijos y éstos hallarse casados y tener, por tanto, nuera, creemos que el precepto, tomado literalmente, lo mismo comprende un parentesco que el otro, limitado siempre al cuarto grado inclusive.

Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria del pupilo á favor de su tutor, antes de aprobarse las cuentas, porque puede ser un medio de favorecer á éste, aunque aquél muera después de su aprobación. Puede ocurrir que, para eludir la prohibición, se disponga en favor de los parientes del tutor, en cuyo caso entiende Manresa que no es aplicable el art. 753, sino el 755, que declara nula toda disposición testamentaria hecha á nombre de persona intermedia ó interpuesta.

El Legislador no podía, con sus prohibiciones, sofocar el cariño del otorgante, ni los motivos de gratitud que tuviese con su guardador; de aquí que, levantando aquel veto, prescriba la validez de las disposiciones hechas por el pupilo en favor del tutor que sea su ascendiente, hermano, hermana ó cónyuge, pues nunca la ley debe romper con estos sentimientos familiares.

El testador no podrá disponer del todo ó parte de su herencia en favor del Notario que autorice su testamento, ó de la esposa, parientes ó afines del mismo, dentro del cuarto grado, con la excepción establecida en el art. 682. Fúndase esta prohibición en que, siendo el Notario, como dice el ilustre Surribas, un magistrado de la paz, no debe ser juez y parte; su honorabilidad y su imparcialidad no debe perderla en ningún momento, ni menos dar lugar á que se sospeche de ellas, pues como la mujer de César, el Notario no basta que sea honrado, sino que ha de parecerlo. Claro que, si la disposición consiste en algún legado de objeto mueble ó cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario, no es de presumir que, por tan poca cosa, que puede ser símbolo de gratitud y de aprecio del testador para con el Notario, éste corrompa su ministerio; de aquí la permisión á que dicho artículo se refiere.

Este, además, lo hace extensivo á los testigos y personas ante las que se otorga el testamento.

Habiendo estudiado las dos únicas incapacidades absolutas que registra el art. 745, tales como las criaturas abortivas, porque al no ser personas, carecen de derechos y obligaciones y no les cabe el concepto de elemento subjetivo en las relaciones jurídicas, y las asociaciones ó corporaciones no permitidas por la ley, pues, faltas de capacidad legal, tampoco les es permitido adquirir derechos, cúmplenos tratar de otras incapacidades por causa de indignidad. Esos indignos son (art. 756):

1.º Los padres que abandonaren á sus hijos (ley 3.ª Dig. DE HIS. QUÆ UT INDIG.) y prostituyeren ó sus hijas ó atentaren á su pudor. Esto último no lo prescribe el Derecho romano; y como el Código es supletorio en Cataluña y Navarra, como en todas las regiones aforadas, es de aplicación en ellas.

2.º El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes y ascendientes. Esta indignidad que, como la anterior, se funda en una razón de orden ético, tiene su precedente en la ley 7.ª Dig. DE BON DAMN. y se halla, además, establecida en la ley única, tít. 7.º, lib. 6.º, vol. 1.º de las Constituciones de Cataluña. El Código, para evitar toda duda, dice que si el ofensor fuese heredero forzoso perderá su derecho á la legítima. Esta inclusión da á entender que en los otros casos señalados en el artículo no se priva al heredero forzoso del derecho de legítima; pero puede ser desheredado (art. 852) á excepción de las causas 4.ª y 7.ª del 556 en que también se pierde ese derecho de legítima, no rezando con ellas la desheredación, porque no hay medios materiales de poderla hacer, por haber ya fallecido el testador.

Es de consignar que, según el Derecho romano, bastaba que la muerte del testador proviniera de negligencia del heredero para que éste fuera incapaz de suceder. El Código, más científico, no dice que es indigno el que atenta ó deja que se atente contra la vida del testador, etc., sino el que fuere condenado en juicio por haber atentado. De modo que tanto puede ser autor material como autor moral, (art. 11 del Código penal) y lo mismo también puede haber sido condenado en concepto de cómplice que en el de encubridor, pues todos estos agentes toman parte, anterior, coetánea ó posterior, respectivamente, en la comisión del hecho punible, cada uno dentro de su círculo justificable y unidos por la sanción por ser consortes en el crimen.

3.º El que hubiese acusado al testador de delito al que la ley

señale pena afflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa. Esto tiene alguna relación con lo dispuesto en las leyes 1.^a y 5.^a, título IX, lib. 34 del Digesto que considera indigno á al que acusa al testador, después de su muerte, pero no antes. El Código se refiere al que acusa al testador en vida de éste, porque si ha muerto, no cabe acusación y menos poderla declarar calumniosa, que es el otro requisito exigido en el precepto.

4.º El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiere denunciado dentro de un mes á la Justicia, cuando ésta no hubiese procedido ya de oficio. Cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, no hay obligación de acusar; debe acudirse para esto á la ley de Enjuiciamiento criminal que releva á ciertas personas de su obligación de denunciar y de declarar.

El núm. 4.º del art. 756, tiene por precedentes las leyes 17 y 21, tít. IX, lib. 34 del Digesto, y leyes 6.^a y 9.^a Cód. íd. de que es indigno de suceder el heredero mayor de edad que no ha perseguido judicialmente al que mató á aquel de cuya sucesión se trate.

5.º El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador. No tiene precedente en el Derecho romano y sí en la ley 13, tít. 7.º de la Part. 6.^a

6.º El que con amenaza, fraude ó violencia obligare al testador á hacer testamento ó á cambiarlo. Figura expresada esta causa en las leyes 1.^a Cód. DE HIS. QUÆ UT IND., 19 Dig. DE DONAT. y 1.^a Dig. SI QUIS ALIQ. TEST. PROHIB., de que son indignos los que usan de fuerza para hacer el testamento, los que impidan al difunto otorgarlo ó variar su anterior disposición.

7.º El que por iguales medios impidiere á otro hacer testamento ó revocar el que hubiese hecho, ó suplantare, ocultare ó alterar otro posterior. Este caso de indignidad, lo mismo que el anterior, encaminados á que las disposiciones testamentarias sean espontáneas y libres, tiene también su precedente en las leyes de los títulos 6.º, lib. 29 del Digesto y 34, lib. 6.º del Código de Justiniano.

El Derecho romano incluye otros casos de indignidad, á saber: 1.º Los que, viviendo aún el dueño de la herencia, contrataren sobre ella, se la apropiaren ó dispusieren de la misma como dueños (leyes 2.^a Dig. DE HIS. QUÆ UT INDIG. y 29 y 30 Dig. DE DONAT.) El Código no ha podido registrar esta causa, porque, salvo excepción, declara nulo todo contrato sobre herencia futura. 2.º El que hubiese prometido restituir parte de la herencia ó alguna cosa de la misma

á un incapaz, excepto en el caso de ser un hijo de familia quien hubiese hecho semejante promesa á su padre (leyes 16 Dig. DE HIS., 1.^a y 3.^a Dig. DE JURE FISC. y 12 Dig. DE RELIJ. FUN.) 3.^o El que se excusa de la tutela ó no admite el nombramiento de albacea (leyes 32 Dig. DE EXCUSAT. y 1.^a Dig. DE HIS. QUÆ UT INDIG.) y 4.^o El tutor respecto de la herencia testada de su pupila con la cual haya contraído matrimonio en contra de la prohibición establecida (ley 2.^a Dig. DE EOD.)

Y puesto que hemos señalado los casos de indignidad según el Derecho romano, debemos citar las leyes 17 y 18 Dig. QUÆ UT INDIG., prescriptivas de que el heredero excluido como indigno debe restituir con la herencia todos los frutos y utilidades que de la misma haya percibido desde la fecha de la apertura de la sucesión.

Y volviendo al examen del Código, cuyas disposiciones son aplicables en las regiones aforadas en cuanto no se opongan á su régimen escrito ó consuetudinario, diremos que las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento ó si, habiéndolas sabido después, las remitiera en documento público.

Dos situaciones de derecho presenta el anterior precepto: una, cuando las causas, mejor, los hechos determinativos de la incapacidad por indignidad, son anteriores al testamento; y, otra, si son posteriores á éste; en el primer caso debe distinguirse entre si el testador las conocía ó si las ignoraba; si lo primero, tácitamente renuncia á la ofensa ó al agravio, puesto que, no obstante ello, no excluye, como pudo excluir, de la herencia, al indigno, usando del medio legal de la desheredación ó privándole del legado; si lo segundo, la causa de indignidad subsiste, porque es de suponer que, de haberla sabido el testador, habría lanzado de la sucesión universal ó singular al indigno. Pero el Código da manera de perdonar el agravio, y consiste en que, no obstante el testamento, habiendo sabido el testador, después de haberlo hecho, que existían tales causas, otorga documento público en el que las remite, pues esto es un perdón que nunca puede referirse más que á causas anteriores al testamento, desconocidas por su otorgante ¿Y si son posteriores al otorgamiento de dicha última voluntad? Esta es la segunda situación que el Código no presenta; pero interpretado dicho artículo, relacionándolo con el 756, determinativo de las causas de indignidad, cabe opinar, en firme, que, concurriendo aquéllas después de otorgado el testamento, el indigno queda privado del derecho hereditario, á menos que el testa-

dor las remita también en documento público y no de otra manera, dada la naturaleza del hecho y de su indulto.

Antes de terminar esta sección y por lo que al Derecho foral se refiere, diremos, que, en Cataluña, son incapaces totalmente para ser herederos: 1.º Los hijos incestuosos y adulterinos y sus padres (Nota 89 y ley 6.ª Cód. DE INC. ET IMPR.) 2.º El confesor en la última enfermedad del testador, su iglesia y parientes (Real Cédula de 30 de Mayo de 1830). 3.º Las asociaciones y corporaciones ilícitas (ley 8.ª Cód. DE HERED. INST.) 4.º Las personas que hubieren escrito el testamento, á no ser que el testador declare de su puño y letra que había dictado y hecho escribir la disposición testamentaria (ley 5.ª Dig. QUÆ PRO NON SCRIPT.) y 5.ª Todas las personas consideradas por el Derecho catalán como indignas para suceder, cuyas causas hemos señalado, tomándolas del Derecho romano y de las Constituciones de aquel Principado. Parcialmente son incapaces como también se ha dicho: 1.º Los hijos naturales del testador y 2.º La madre del mismo.

En Aragón son incapaces: 1.º El hijo incestuoso (así se infiere de la Ob. 25 DE GENERALIBUS PRIVILEGIIS lib. 6.º) 2.º El hijo adulterino y sacrílego (Fuero DE NATIS EX DAMNATO COITU, lib. 5.º y Obs. 1.ª íd., lib. 5.º y 25 DE GENERALIBUS PRIVILEGIIS, lib. 6.º) y 3.º El hijo natural si hay sucesores legítimos (Portolés *Scholia ad Molinum*, Sessé Decis. 282, Lissa *Tirocinium*, tít. 14, lib. 2.º); don Andrés Blás dice que si por el Derecho común el hijo natural recibe el quinto es porque esta parte es libre y, pudiendo dejarla el padre á cualquier extraño, con más motivo le es permitido darla á su hijo natural.

En Navarra son incapaces los que lo son por el Derecho romano, que hemos señalado.

Las legislaciones de Vizcaya y Baleares no contienen disposición acerca de este punto, rigiendo en estos territorios el Código civil. Este, en la materia de incapacidades, es mucho más humano que las legislaciones forales, pues no comprende, como causas especiales, la de ser el heredero hijo incestuoso, adulterino, ó sacrílego. Ninguna culpa tienen estos desgraciados de haber sido concebidos en unión ilícita.

Forma de la institución

Puede hacerse con designación nominal ó de circunstancias del heredero, individual ó colectivamente; nunca puede recaer en persona incierta, so pena de nulidad, á menos que, por algún evento, pueda resultar cierta; así lo prescribe el art. 750, y se entiende por persona incierta aquella de cuya existencia no tiene noción precisa el testador, ó como decía Gayo, *PER INCERTAM OPINIONEM ANIMO SUO TESTATOR SUBJECTIT.*

Los herederos instituídos sin designación de partes heredan por partes iguales: art. 765, que tiene su precedente en la ley 9.^a, § 12, tít. 5.^o, lib. 28 del Digesto. Y á fe que no había necesidad de que se escribiera ese artículo, porque no determinando el testador la parte correspondiente á cada heredero, se entiende que sus porciones son iguales.

La expresión de una causa falsa de la institución de heredero ó del nombramiento del legatario será considerada como no escrita, á no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución ó legado si hubiese conocido la falsedad de la causa. La expresión de que una causa contraria á derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita.

El Legislador ha seguido, en materia de las causas de la institución, un criterio totalmente opuesto al señalado en los contratos; éstos son nulos si no tienen causa, si es falsa ó si es opuesta á derecho; en cambio, si en el testamento se expresa la causa falsa de la institución de heredero, ó del nombramiento de legatario, no hay tal nulidad; considérase como no escrita, precisamente porque no se necesita en la producción del título mortis causa; pero esto no puede tomarse en absoluto: si del testamento y solo del testamento, fuente única de juicio en este caso, resulta que el testador no habría hecho tal institución ó legado si hubiese conocido la falsedad de la causa, entonces no valen ni el nombramiento de heredero, ni la manda, pues la ley corrige de esta manera la equivocación padecida por aquél.

La expresión de causa contraria á derecho, aunque sea verdadera se tendrá también por no escrita, y así lo prescribe el Derecho romano, porque no es presumible que el testador, al otorgar su disposición testamentaria, tuviese intención de ordenar lo que no podía tener eficacia.

El heredero instituido en una cosa cierta y determinada se considerará como legatario: art. 768, que es consecuencia del sistema introducido por el Ordenamiento de Alcalá de no ser necesaria la institución de heredero, al contrario que en Roma, por tener allí el testamento carácter público y hasta político, pues solo podía otorgarlo el ciudadano.

Dicho artículo del Código no tiene aplicación en Navarra, como tampoco, generalmente, en Cataluña, por cuanto conservan la institución romana; pero sí es aplicable en Aragón, Vizcaya y Baleares.

Es de citar la siguiente jurisprudencia: la Sent. de 22 de Marzo de 1901 que consideró subsistentes ciertos legados contenidos en un testamento anterior, á pesar de otorgarse otro después que mantenía las disposiciones del primero, en cuanto no estuviesen modificadas; la de 7 de Julio de 1899 que consideró hecha á título universal y no singular la institución de heredero en favor de una persona respecto de un inmueble determinado y además en el remanente de los bienes si se cumplía cierta condición, y la de 11 de Febrero de 1903, declarativa de que cuando el testador lega á una persona el tercio de sus bienes, derechos y acciones y á continuación instituye heredero en el resto, claramente establece un legado de parte alícuota de la herencia, sin que el legatario pueda ser considerado como sucesor á título universal por el solo hecho de hablarse también de derechos y obligaciones al hacerse la manda.

De manera que el testador puede distribuir su herencia en legados, señalándose á cada partícipe una cosa cierta; si son todos legatarios por esta circunstancia, no por ello quedan excusados de pagar las deudas del causante si aceptan la herencia; lo que la ley hace en ese artículo es facultar al testador para instituir en cosa determinada, lo que no podía hacer por el Derecho antiguo.

Cuando el testador nombre unos herederos individualmente, y otros colectivamente, como si dijere: «Instituyo por mis herederos á N. y á N. y á los hijos de N.,» los colectivamente nombrados se considerarán como si lo fueran individualmente, á no ser que conste de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador.

Opina Bonel que los instituidos colectivamente debieran tener todos juntos una sola parte y no una porción igual cada uno de ellos, como, por analogía, se ha procedido siempre en las sucesiones intestadas concurriendo unos por su propio derecho ó *IN CAPITA* y otros por representación de la familia de que descienden, *IN STIRPES*.

El Código no ha seguido este criterio; los colectivamente nombrados se considerarán como si lo fueran individualmente, por así exigirlo los principios de justicia y de equidad, á no ser que conste de un modo claro que fué otra la voluntad del testador.

Si éste instituye á sus hermanos y los tiene carnales (germanos) y de padre (consanguíneos) ó de madre solamente (uterinos), se dividirá la herencia como en el caso de morir intestado: art. 770, sin precedentes en el Derecho antiguo. De manera que los hermanos germanos tendrán doble que los uterinos y consanguíneos.

Cuando el testador llame á la sucesión á una persona y á sus hijos, se entenderán todos instituídos simultánea y no sucesivamente: art. 771, escrito para que todos los instituídos puedan recojer, desde luego, los beneficios de la herencia.

El testador designará al heredero por su nombre y apellido, y cuando haya dos que los tengan iguales deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituído.

Entre el testador y su heredero se establece una relación de derecho, y como el segundo lleva la representación del primero y adquiere la universalidad de la herencia, debe ser designado de manera que no quepa duda acerca de quién es el favorecido. En esto fué extremadamente minucioso el Derecho romano, proclamador del principio *QUOTIES NON APPARET QUI HÆRES INSTITUS SIT, INSTITUTIO NON VALET*, rigorismo que se compadecía con la condición religiosa, política y social de Roma, que no permitía fuese relajado en modo alguno, dado el concepto que allí tenía el sucedáneo del causante.

Concuerda con el primer apartado del art. 772 lo dispuesto en la ley 9.^a tít. 5.^o lib. 28 del Digesto.

El Código ha suavizado ese rigorismo; en su directiva de que no se perjudique al instituído, so color de omisiones al ser nombrado, prescribe que aunque el testador haya omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse que sea el instituído, valdrá la institución.

El Tribunal Supremo ha suavizado aún más, con la interpretación, el texto amplio del precepto, declarando en Sent. de 7 de Diciembre de 1899, como también lo ha resuelto la Dirección de los Registros en 23 de Abril y 11 de Mayo de 1900 y 26 de Junio de 1901, que puede determinarse perfectamente la personalidad del heredero, y es, por consiguiente, válida la institución, cuando el testador llama á la herencia á una persona designándola por el apodo

con que la conocía, si se prueba quien fuese, ó cuando instituye herederos á los hijos de determinados hermanos, sin expresar el nombre de aquéllos ó á los hijos que Dios fuese servido darles en su matrimonio, pues en todos estos casos no puede dudarse de quienes sean los instituídos. Además, citamos, por analogía, la Sent. de 31 de Enero de 1899, de que, con arreglo al art. 750, la mejora hecha en favor del nieto ó nieta, hijos de una hija determinada del testador que, con consentimiento y asentimiento de su padre *casase para la casa petrucial*, es válida, porque la incertidumbre de la agraciada con la mejora, cesa por el cumplimiento de la condición impuesta en ella, que, en dicho caso, es el evento á que alude dicho precepto para la validez de las disposiciones testamentarias en favor de personas inciertas.

Y puesto que hemos citado las palabras *casa petrucial*, permítansenos esta digresión: En algunos pueblos de la provincia de Lugo existe la costumbre de que los hijos, al casarse, no dejan la casa de sus padres; la hija que queda huérfana y vive con sus tíos, no abandonando el hogar, tiene derecho á alimentos, á lo que allí se llama *derecho de ambiente*; esto, por costumbre, que ha sido sancionada por la jurisprudencia. Pues bien; el nieto ó nieta que, con asentimiento y consentimiento de su padre, casase para la casa petrucial, tiene, en el caso de dicha sentencia, derecho á la mejora que le hizo su abuelo.

Estudiando la jurisprudencia y doctrina citada al principio de este comentario, resulta que si el heredero es designado por su apodo, se ha de probar que así lo conocía el testador, y claro que esto supone un pleito; pero cuando se instituye herederos á los hijos de determinados hermanos, sin expresar el nombre de aquéllos, exígese, en la práctica, un expediente de información para perpetua memoria, determinándose qué hijos son esos, á menos que sus padres hayan fallecido y tengan la declaración de herederos, como tales descendientes, y si la institución es á los hijos del testador, sin decir cuáles sean, sino los que tuviese de su matrimonio, basta, y así lo tiene declarado el Centro directivo, con acompañar las certificaciones de nacimiento de tales hijos, porque, con ellas, se acredita legalmente la legitimidad del nacido y su paternidad, siendo innecesario ese expediente para perpetua memoria, pues para algo se ha establecido el Registro civil.

El error en el nombre, apellidos ó cualidades del heredero no vicia la institución, cuando de otra manera pueda saberse cierta-

mente, cual sea la persona nombrada. Si entre personas del mismo nombre y apellido hay igualdad de circunstancias y éstas son tales que no permiten distinguir al instituido, ninguno será heredero: artículo 773, que concuerda con el párrafo 29, tít. 20, lib. 2.º de la Instituta.

De las sustituciones de herederos

En toda sustitución palpita una institución condicional. Este instituto jurídico tuvo gran importancia en Roma, dado el carácter religioso y político de aquella familia, especialmente la pagana, que veía con malos ojos un testamento destituido por causa de que el heredero no aceptase ó no pudiese aceptar la herencia, faltando quien, en su lugar, representara al testador, como tal sucedáneo, por llamamiento defectivo ó subsidiario.

Puesto que en Roma no podía morirse parte testado y parte intestado, la sustitución se hizo necesaria, toda vez que si el heredero no adía la herencia ó era incapaz de heredar, no podían cumplirse las disposiciones testamentarias, entre éstas los legados, y claro que resultaban por tal modo perjudicadas las personas interesadas en aquéllas. Para ocurrir á ese riesgo y por exigirlo la justicia, introdujose la sustitución que, al presente, por el Derecho civil general, apenas si tiene importancia, puesto que puede uno morir parte testado y parte intestado, y como la institución de heredero no es necesaria, se abre la sucesión intestada, debiendo el heredero cumplir, dentro de las leyes, las disposiciones hechas en testamento, no procediendo, por falta de aceptación de herencia, que quede ésta, como lo estaba en Roma, en situación de vacante.

Este es el fundamento de la sustitución llamada vulgar; además de ésta, existían la pupilar, la ejemplar y la fideicomisaria, con perfecta sustantividad, de las cuales también nos ocuparemos; la llamada compendiosa ó *brevi locua* no era realmente una sustitución en nuestro derecho antiguo, sino la reunión en una sola de varias de aquéllas, por si se presentaban los distintos casos en que se hacía preciso un sustituto, á fin de que el testamento pudiera cumplirse, y la recíproca tampoco era una verdadera sustitución, sino reciprocidad entre varios instituidos herederos; de manera que, entre sí, tenían el carácter de herederos y sustitutos.

Acudiendo al Derecho romano son de citar estos textos:

Las disposiciones por las cuales el testador nombra un segundo heredero en reemplazo del primer instituido, se conocen con el nombre de sustituciones (leyes 1.^a Dig. DE VULG. ET PUP. y 28 íd. DE HÆRED. INST.) El llamamiento preventivo de la persona que debe entrar en el goce de la herencia para el caso de que el heredero instituido no quiera ó no pueda aceptarla, se denomina sustitución vulgar (ley 1.^a Dig. DE VULG. ET PUP.). El nombramiento preventivo de la persona que ha de heredar los bienes del testador en el caso de no poder el heredero nombrado hacer testamento, por fallecer dentro de la pubertad ó en estado de demencia, se llama sustitución pupilar en el primer caso y sustitución ejemplar en el segundo (ley 1.^a Dig. íd.)

La sustitución hecha generalmente con la palabra *sustituyo*, comprende la vulgar, la pupilar y la ejemplar, á menos que recaiga en persona en la cual las últimas no puedan tener lugar (ley 23 Digesto íd.)

De la sustitución vulgar

Puede el testador sustituir una ó más personas al heredero ó herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él ó no quieran ó no puedan aceptar la herencia. La sustitución simple y sin expresión de casos, comprende los tres expresados anteriormente, á menos que el testador haya dispuesto lo contrario: art. 774, regulador de esta sustitución, cuya causa se determinaba en Roma con las palabras *SI HERIS NON ERIT*, instituto éste que cobró auge durante el régimen de las leyes caducarias que limitaron considerablemente la testamentifacción pasiva y concedieron al Estado, en tiempo de Caracalla, la parte vacante, llamada *caduca*, por limitación del derecho de acrecer.

El Código consagra un solo artículo á esta sustitución; en cambio, el Derecho romano fué más pródigo en preceptos reguladores de la misma, como vamos á ver.

La sustitución vulgar es una institución de heredero dependiente del cumplimiento de la condición casual de no aceptar el primer nombrado, siendo aplicables á ella las reglas relativas á tales condiciones (leyes 1.^a Dig, DE VULG. ET PUP. y 3.^a y 69 Dig. DE ACQ. VEL COMIT. HÆRED.) Puede darse sustituto á todos los herederos nombrados ó á uno solo (ley 36 Dig. íd.): en el primer caso, no ten-

drá lugar la sustitución si cualquiera de ellos hubiese aceptado (Inst. § DE VULG. SUBST.), confirmado esto por Sents. de 1.º de Mayo de 1862, 7 Abril de 1864 y 10 Junio 1863, recaídas en pleitos promovidos en Cataluña. En el segundo caso, esto es, si se da sustituto á un solo heredero, entrará aquél en el goce de la parte señalada á éste, con preferencia á los demás coherederos, los cuales solo tendrán derecho á ella en caso de no quererla el sustituto (ley 2.ª Dig. DE BON. POSS. SEC. TAB.)

La aceptación hecha por el instituído menor de edad no excluye al sustituto, si aquélla hubiese quedado sin efecto en virtud de la restitución por entero (leyes 44 Dig. DE REI JUDICAT., y 1.ª y 2.ª Ad. S. C. Tert.) Si el instituído muere sin aceptar ni repudiar la herencia dentro del intervalo en que transmite á sus sucesores el derecho de verificarlo, solo tendrá efecto la sustitución, en el caso de que estos últimos no acepten (Cód. DE HIS QUI ANT. AP. TAB. y ley 10 Cód. DE JUR. DELIB.) Para que tenga lugar la sustitución vulgar es necesario que el sustituto viva en el momento en que, por falta de aceptación del heredero instituído, se efectúa la sustitución (ley 81 Dig. DE ACQ. VEL OMIT HERED.)

La sustitución vulgar puede hacerse permanentemente ó bajo condiciones. Aún cuando la institución de heredero sea condicional, no lo será la sustitución, á menos de haberse así expresado (ley 73 Digesto DE HERED. INST.)

Cumplida la condición de que depende la sustitución vulgar, esto es, constando que el heredero no quiere ó no puede aceptar la herencia, quedará el sustituto subrogado en su derecho, percibiendo todo lo que al mismo hubiera tocado en caso de aceptar (leyes 74 y 126 Dig. DE LEGAT.) Asimismo quedará sujeto el sustituto á todas las cargas y condiciones á que lo estaba el instituído, á menos de aparecer evidentemente contraria la voluntad del testador (Idem y ley única Cód. DE CAD. TOLL.)

Para el reparto de la herencia entre muchos sustitutos nombrados, se observarán las mismas reglas que para los instituídos en primer grado (leyes 5.ª, 24 y 41 Dig. DE VULG. ET PUP. y 1.ª Código DE IMP. ET AL. SUBS.) Si el testador ha hecho varios grados de sustitución, esto es, ha nombrado un segundo sustituto para el caso de no aceptar el primero, un tercero para el caso de no aceptar el segundo, etc., será deferida la herencia á cualquiera de estos sustitutos, desde el instante en que todos los que le preceden en grado no hayan querido ó podido aceptar la herencia. Así, en la sustitución

vulgar, el sustituto del sustituto se entiende serlo directo del instituido (ley 27 Dig. DE VULG. ET PUP.) Cuando estos han sido sustituidos mutuamente, la parte vacante solo quedará deferida á los que acepten, y proporcionalmente á la en que cada uno hubiese sido instituido (leyes 10, 23, 24 y 45 Dig. *id.* y 1.^a Cód. DE IMP. ET AL. SUBST.)

En Aragón se conoce la sustitución vulgar. Si el testador dispone que sus bienes vayan á sus parientes más cercanos, después de la muerte de alguna persona, no puede considerarse esto realmente sustitución, aunque lo incluye así en este tratado D. Andrés Blas, sino que constituye una institución con plazo resolutorio respecto del primer instituido y con plazo suspensivo, tocante á las personas que han de recibir los bienes al fallecimiento de aquél. A este respecto prescribe el Fuero 5.^o DE TESTAMENTIS, que si los bienes son de patrimonio ó abolorio, serán parientes más cercanos aquellos que lo sean de la parte de donde provengan.

El llamamiento sucesivo de herederos en cualquier forma directa para el caso de que el instituido fuese incapaz, ó falleciere antes que el testador ó repudiase la herencia, constituye la sustitución vulgar (Sessé, Decis, 247, núm. 14; Lissa lib. 2.^o, tít. 15) que se rige ahora por el Código civil, como antes lo era por el Derecho de Castilla.

En Navarra rígease la sustitución por el Derecho romano, pero los Fueros contienen dos preceptos que constituyen una excepción de la regla general, y son: la ley 14, tít. 13, lib. 3.^o de la Novísima Recopilación de Navarra, dispositiva de que los hijos y descendientes del sustituto que muera antes que el heredero instituido, suceden á éste como si vivieran sus padres, esto es, por derecho de representación, caso de que el testador no lo haya prohibido. Además está la ley 11 del mismo título y libro, preceptiva de que los hijos puestos en condiciones, ó sean aquellos que solamente son nombrados como cumplimiento de condición, no tienen derecho á la herencia, si bien lo tendrán en el caso de haber sido llamados expresamente. Así, por ejemplo, si el testador dijese «instituyo heredero á Juan y á su muerte á sus hijos, y caso de no tenerlos sea mi heredero Antonio» puesto que Juan no es más que heredero vitalicio ó usufructuario, los hijos de éste, una vez fallecido heredan al testador, excluyendo al sustituto Antonio; pero si el heredero dice: «instituyo por heredero á Juan y si éste muere sin hijos sea heredero Antonio» Juan puede disponer de la herencia, aunque su derecho se

halla afectado por condición resolutoria que produce su efecto al fallecimiento del mismo; falleciendo con hijos, quedan subsistentes las enajenaciones que hubiese hecho, y, en otro caso, la herencia pasa á Antonio, ó sea al sustituto.

Asimismo es de citar la ley 14 de dicho título y libro, dispositiva de que, instituido heredero alguno, con la condición de que, si falleciese sin hijos pasarán los á un tercero, si el instituido muriere en estado religioso, no heredará el convento si el testador hubiese dicho «caso de morir sin hijos legítimos ó naturales ó de legítimo matrimonio» ú otras palabras por las cuales pudiera deducirse que la intención del testador había sido excluir, en todo caso, de la herencia á la comunidad.

Las sustituciones en Baleares, á falta de su Derecho foral propio escrito y consuetudinario, se rigen hoy por el Código civil, único supletorio, pues el anterior, constituido por el Derecho romano, ha quedado proscrito en aquella región.

La Legislación de Vizcaya tampoco contiene disposiciones en materia de sustitución y, por tanto, es allí aplicable el Código civil.

Jurisprudencia

Al art. 774 ha recaído la siguiente jurisprudencia y doctrina: Cuando el testador instituye por heredero á su consorte y á falta de éste, á sus hermanos, sucediéndose unos á otros, caso de fallecimiento, existe, en primer término, una sustitución vulgar para el caso de que dicho consorte premuriere y después un llamamiento de las hermanas á la herencia para después de la muerte del primer instituido, sin que esto implique un verdadero fideicomiso (Sent. de 13 de Octubre de 1896), doctrina confirmada por la de 4 de Abril de 1905, y en este sentido también se inspira la Res. de 4 de Diciembre del mismo año.

Respecto de la Jurisprudencia, aplicando las disposiciones del Derecho foral catalán, constituido por la Legislación romana, es de citar, como jurisprudencia posterior al Código, la siguiente: Establecida por el testador recíproca sustitución entre sus hijos, quien de éstos fallece antes que sus hermanos, ningún derecho adquiere ni puede transmitir á sus herederos, sobre los bienes de aquél (sentencia de 3 de Diciembre de 1891). La ley 30, tít. 42, lib. 6.º del Código de Justiniano establece que si alguno instituye heredero á un hijo ó

nieto con el gravamen de restitución, no debe entenderse esto, sino en el concepto de que los gravados de sustitución muriesen sin hijos, precepto reproducido en la ley 102 del Digesto DE CONDITIONIBUS ET DEMONSTRATIONIBUS (Sent. de 11 de Febrero de 1896).

El testamento en que se instituye á uno de los hijos del testador y, premuerto aquél sin hijos, ó teniéndolos, no lleguen á la edad de testar, constituye un llamamiento sucesivo á otros de los descendientes del causante, siguiendo el orden de primogenitura, lo cual no constituye un fideicomiso y sí una sustitución vulgar (Sent. de 8 de Mayo de 1901). Instituyendo el testador á un heredero y designando á otros para el caso de que aquel no pueda ó no quiera serlo, queda constituida por tal cláusula una sustitución de las frecuentes en Cataluña (Sent. de 27 de Abril de 1904).

De la sustitución pupilar

La costumbre estableció en Roma esta sustitución, que los ascendientes hacían nombrando sustitutos á sus descendientes instituidos en testamento, para en el caso de que éstos muriesen antes de la edad señalada para poder testar. Fúndase en el principio *SI HERIS NON ERIT ET ANTE PUBERTATEM DECESSERIT*.

Aquella costumbre apoyábase en el concepto que tuvo aquel pueblo de la patria potestad, fundamento de la sustitución pupilar, derecho ese que trascendía del dintel del sepulcro de los mayores. Además, la sustitución tendió á proteger la persona del impúber y á evitar que la herencia de éste, falto de la testamentificación activa, pasara por ministerio de la ley á sus más próximos parientes, constituyendo esto un incentivo de la codicia de los herederos legítimos. Para prevenir todo esto, se estableció la sustitución pupilar, que, evitando la sucesión intestada, venía á beneficiar á la familia del causante, sin que su persona corriese peligro, pues ya su ascendiente la había salvado con el llamamiento de sustituto, no dando pábulo á la codicia que en otro caso pudiera darse.

La fórmula de esta sustitución es doble y consiste: 1.º En el nombramiento de heredero al hijo y si éste no lo fuese (esto es más propio de la sustitución vulgar) ó si siéndolo, muriese antes de haber llegado á la pubertad (ésta sí que es la sustitución pupilar) se designa la persona que ha de sucederle. De esta sustitución tratan las leyes 4.ª Dig. DE VULG. ET PUP. y 4.ª Cód. DE IMP. ET AL. SUBS.

No tiene lugar la sustitución, según el Derecho romano, vigente en Cataluña, cuando aparece evidentemente contraria á la voluntad del testador (ley 4.^a Cód. íd.) y especialmente: 1.^o Cuando, de admitir aquella interpretación del testamento, quede privada la madre del impúber de la herencia del mismo (ley últ. Cód. DE INST. ET SUBS.) y 2.^o En la institución recíproca de varios coherederos, de los cuales no todos puedan ser sustituidos pupilarmente (leyes 4.^a Cód. DE IMP. ET AL. SUBS. y 4.^a Dig. DE VULG. ET PUP.)

Mediante la sustitución pupilar se entenderá llamado el sustituto á la herencia del hijo si el padre no le ha nombrado heredero en virtud de la facultad que le compete (Inst. § 4.^o DE PUP. SUBS.) En este caso, habiendo aceptado el hijo la herencia paterna, pasan ambas al sustituto pupilar, sin que sea lícito á éste separarlas, aceptando una y repudiando la otra (leyes 10 Dig. DE VULG. ET PUP. y 28 Cód. DE JUR. DELIB.) El sustituto pupilar se entiende llamado para el caso de la vulgar, á menos que aparezca en contrario la voluntad del testador (ley 4.^a Dig. íd.) Y, por último, la hecha por un extraño para el caso de fallecer el impúber instituido, no es pupilar, sí que un fideicomiso condicional de los bienes que le hubiese dejado, por cuyas reglas se debe regir (Ins. § 9 DE PUP. SUBS.)

Si, pues, la sustitución pupilar tiene por fundamento la patria potestad, como la madre catalana, viuda, carecía de esta prerrogativa antes de la ley de Matrimonio civil, no le era permitido establecer aquélla, pero después de publicada dicha ley, que le dió la patria potestad, puede nombrar sustitutos de sus hijos impúberes.

El Código no funda en la patria potestad la sustitución pupilar, desde el punto y hora que, no solo los padres, sí que los demás ascendientes pueden nombrar sustitutos á sus descendientes menores de 14 años, de ambos sexos (no dice impúberes, palabra empleada en el Derecho romano) para el caso de que mueran antes de dicha edad. Luego otro debe ser el fundamento de esta sustitución. Nosotros lo vemos en el derecho de legítima; el ascendiente la debe al descendiente, y lógico es que ya que tiene esta obligación, la ley le conceda el derecho de nombrar sustituto á ese descendiente para el caso de que muera antes de los 14 años, esto es, en edad que aún no puede testar; además, con esa sustitución, el ascendiente viene á interpretar cuál sería la voluntad de sus descendientes, ejerza ó no sobre ellos la patria potestad.

Pero ese derecho no es absoluto, pues si el instituido, ó sea el descendiente, tiene herederos forzosos, solo será válida la sustitución

en cuanto no perjudique los de los legitimarios de aquél: así lo prescribe el art. 777 que se da la mano con la ley 5.^a, tít. 2.^o, lib. 6.^o, vol. 1.^o de las Constituciones de Cataluña, donde se lee: «Por cuanto parece gran iniquidad que teniendo una persona hermanos ó hermanas ú otros parientes de parte de madre hasta el cuarto grado, según orden de Derecho romano, y habiendo después adquirido cualesquiera bienes por sucesión de madre, que luego, muriendo la tal persona antes de llegar á la pubertad con sustitución pupilar hecha por el padre, los bienes y herencia de la madre por virtud de sustitución pupilar, hubiesen de pasar á otros hijos ó parientes del mismo padre y no de la madre ú otros parientes de parte de dicha madre, por esto, en dicho caso, los bienes de la madre han de pasar á los hermanos ó hermanas ú otros parientes hasta el cuarto grado, como dicho está de parte de la madre, si los tuviere, y entre ellos el padre pueda disponer por dicha sustitución pupilar, y no en favor de otras personas». Así también lo prescribe el tít. 3.^o de las Ordenaciones de Mallorca. Realmente, dicha Constitución, establece un límite de la sustitución pupilar en favor de la troncalidad.

En Tortosa (lib. 6.^o, rúb. 4.^a) la sustitución, si el hijo muerto dentro de la edad pupilar ha adido la herencia, produce sus efectos, excluyendo el sustituto á la madre y á todos los parientes, quienes no pueden pedir parte en los bienes.

Los fueristas aragoneses dicen que en aquel antiguo reino no se conoció la sustitución pupilar, porque el padre no tenía patria potestad; pero como allí rige el Código civil, son aplicables sus prescripciones, siendo de citar la Ob. 2.^a DE REBUS VINCULATIS, lib. 5.^o, dispositiva de que si el padre instituye heredero al hijo en ciertos bienes y además le deja gracia especial, nombrándole sustituto para todos, la sustitución en la herencia dura solo veinte años y siempre en la manda especial.

Si las condiciones puestas en una institución son disyuntivas, á saber: si el heredero muere en la menor edad ó intestado, ó sin hijos legítimos, ó en otra manera semejante, se entenderán hechas en los testamentos copulativamente, no dándose la sustitución si el heredero muere con hijos, aunque sea intestado (Fuero 4.^o DE TESTAMENTIS, lib. 6.^o)

En Navarra rígesese esta materia por el Derecho romano y en Baleares y Vizcaya por el Código civil, salvo lo arriba dicho.

Sustitución ejemplar

Fué establecida por Justiniano, á semejanza de la pupilar, impulsado por los mismos motivos que en ésta; derecho concedido por aquel Emperador á los que tienen hijos, nietos ó biznietos dementes de cualquier sexo ó grado, aunque sean púberes, quedando nula, si estas personas recobrasen el juicio. Su fundamento no está en la patria potestad, sino en el amor de los ascendientes á sus desgraciados descendientes, y descansa en el principio *SI HERES ERIT IN FURORE DECESSERIT*.

Esta sustitución tiene efecto si el descendiente instituído fallece en estado de demencia (ley 9.^a Cód. DE IMP. ET. AL. SUBS., Instituta § 1.^o DE PUP. SUBS.); si hubiese sido hecha para este caso por las personas que pueden testar por el demente, comprende también los bienes de éste, á menos que se le hubiese nombrado otro heredero en virtud de dicha facultad, ó de no ser el sustituto de las personas que pueden unicamente ser herederos del demente (id.) La sustitución queda sin efecto por los mismos motivos que se invalida el testamento otorgado por el demente.

A esto se reduce la legislación catalana en orden á esta sustitución, conocida también en Aragón, que antes se regía por las leyes de Partida y, ahora, se rige por el Código civil, lo mismo que en Vizcaya y Baleares, pero no en Navarra, donde se aplican las disposiciones del Derecho romano antes citadas.

Prescribe el Código que el ascendiente puede nombrar sustituto al mayor de catorce años que, conforme á derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental. De manera que esa declaración ha de preceder á la sustitución. La enajenación ha de ser mental, y se pregunta: ¿puede nombrarse sustituto al sordo-mudo que no sepa escribir? Creemos que no, porque la privación del don de la palabra no es enfermedad mental; el sordo-mudo puede adquirir instrucción, escribir, y, claro, tiene aptitud para testar, lo que no puede hacer el loco ó demente, y precisamente por esta imposibilidad se ha establecido la sustitución ejemplar. Tan es así que, según prescribe el artículo 776, aquélla quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo de razón.

A semejanza de la sustitución pupilar, cuando el instituído (el art. 777 emplea, por equivocación, la palabra «sustituído») tenga he-

rederos forzosos, solo será válida en cuanto no perjudique los derechos legitimarios de éstos, porque si tales sustituciones se fundan en la ficción legal de que quien hace el llamamiento es el menor de catorce años ó incapaz, debe presumirse que si éstos hubieran podido testar, no habrían privado á sus herederos forzosos, cuando menos, de su cuota legitimaria.

Pueden ser sustituidas dos ó más personas á una sola y, al contrario, una sola á dos ó más herederos: art. 768, que tiene por precedente el párrafo 1.º, tít. 15, lib. 2.º de la Instituta, con el cual conviene, y fúndase en el principio, *PLURES IN UNIUS LOCUM POS-SUM SUBSTITUI VEL UNUS IN PLURIUM*. Dicho se está que en toda sustitución, sean unos ó muchos los sustitutos, éstos, para adquirir derechos, al amparo de la institución condicional, han de sobrevivir al instituido.

Si los herederos instituidos en partes desiguales fueren sustituidos recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, á no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador: art. 779 que tiene sus precedentes en la ley 24, tít. 6.º, lib. 28 del Digesto; § 2.º, tít. 5.º, lib. 2.º de la Instituta, y ley 1.ª, tít. 26, lib. 6.º del Código. Este precepto establece una subrogación; el sustituto no puede adquirir más parte que la que le correspondiera al sustituido, porque la cualidad de herederos concurrentes en los llamados á sustituir no altera ni modifica en lo más mínimo, como dice Manresa, la condición jurídica de los mismos, ni los efectos de su llamamiento.

El sustituido, (dice el Código, tomando esta palabra por sustituto—art. 780) quedará sujeto á las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido; esta es la regla; pero la ley, respetando la autarquía del testador, faculta á éste para que disponga expresamente lo contrario. También el sustituto no adquiere en ningún caso las cargas y condiciones impuestas al instituido, cuando son meramente personales de éste. El artículo que estudiamos tiene sus precedentes en las leyes 74, lib. X; 77, lib. 31 y 108, lib. 35 del Digesto.

De la sustitución fideicomisaria

Obliga el discurso á distinguir entre fideicomiso y sustitución fideicomisaria. Aquél fué un modo universal de adquirir la herencia,

en tanto que ésta es una manera ó forma especial de llamamiento á la sucesión.

Fueron los mayorazgos una especie de fideicomisos universales y graduales con sucesión indefinida, y hubieron de introducirse para la conservación del patrimonio familiar, con cierto decoro aristocrático, para servir muchas veces de apoyo al poder mayestático, frente al predominio señorial, y que, aparte el inconveniente potísimo de secuestrar la circulación de la riqueza inmueble, dejándola improductiva, porque su poseedor no podía disponer de ella y ningún afán tenía por mejorarla, ya que á su muerte tenía que pasar al heredero inmediato, reunieron la propiedad, como dice Pacheco, de hacer á unos hijos ricos y tontos y á otros listos y pobres.

No entra en nuestro propósito estudiar la institución de los mayorazgos, clasificados antaño en regulares é irregulares, y cuyas especialidades fueron, respecto de los primeros, los de agnación verdadera, agnación fingida, masculinidad pura y de feminidad, subdivididos los segundos en electivos, alternativos, saltuarios y de segundogenitura; baste decir que en los mayorazgos, cuyo origen está, según unos, en la primogenitura de los hebreos; según otros, en las sustituciones fideicomisarias de los romanos, y al decir de algunos, en el sistema feudal, que es precisamente cuando cobraron auge, de los cuales se habla por primera vez en una cláusula del testamento de Enrique II, no hay ningún lado que los defienda, como hacen observar los Sres. Laserna y Montalbán, y como fueran antieconómicos, aún cuando tuvieron interés público para la conservación de una alta clase, participe de las funciones legislativas durante la Edad Media en algunos pueblos, fueron abolidos, á los resplandores de la Revolución francesa, por la ley de 11 de Octubre de 1820, que siguió la directiva trazada por el Código de Napoleón.

No el fideicomiso universal y perpetuo, si que el familiar y temporal desarrollóse en Cataluña durante la dominación romana, ó sea en los postreros años de la República, desde el reinado de Augusto; institución que en el Pueblo Rey tuvo gran importancia, por el motivo de que, estableciendo aquellas leyes la confiscación, cuando el heredero era incapaz para suceder, convenía que su nombre permaneciese oculto, en evitación de tal contingencia y á fin también de que el testamento no quedase destituido por falta de sucedáneo directo, lo cual imposibilitaba la entrega de legados y cumplimiento de la postrimera voluntad del testador; éste llamaba á su herencia á un heredero capaz y, entregándose á su buena fe y honorabilidad,

le transmitía sus bienes con encargo de que fueran á parar á la persona, cuyo nombre no revelaba, envuelta entre los pliegues del secreto.

Esta práctica, burladora de la ley, fué arraigando en las costumbres, y hasta cierto punto está en lo cierto Bigot-Preaumeneau, cuando, flagelando las sustituciones fideicomisarias, les aplica el estigma de que fueron introducidas por el espíritu del fraude, y que la ambición se apoderó de este medio ilícito hasta conseguir su perpetuación.

Cuanto se diga en contra de los fideicomisos perpetuos es poco, juzgados ante la Moral, el Derecho y la Economía política; no puede decirse lo propio de los de carácter familiar y temporales, á los que entona alabanzas Durán y Bas, diciendo que, por razones de orden social, deben subsistir, puesto que contribuyen á conservar la unidad del hogar representado por su organismo y por su patrimonio; que el sucesor trabaja con celo, puesto que sabe que es para sí y para sus hijos; que no se causa perjuicio al heredero fideicomisario en Cataluña, porque, si es hijo, tiene derecho á la detracción de la legítima, y si ha tomado inventario en tiempo legal, puede detraer la cuarta trebeliánica sin aplicar á ella los frutos, lo cual estimula su interés, y sustrae gran parte de bienes de la masa de los gravados, cuyo poseedor tiene derecho al abono de mejoras, con el *JUS RETENTIONIS* de los romanos, hasta que se le paguen, quien, además, puede vender bienes para el pago de deudas hereditarias, legados, legítimas y dotes; que el peligro de producir, con su establecimiento, la inercia del suelo y acumular grandes masas de propiedad, se vence con el censo enfiteútico en general y con el contrato de *rabasa morta*; que el inconveniente achacado de producir su imposición sendos y enmarañados pleitos, débese no á la institución, sino á la falta de claridad en la expresión de la voluntad del testador, y, por último, que, si bien limita la libertad de enajenar, esto es pasajero, y no dura mas que cuatro generaciones, como máximo, siendo lo usual que sean dos y, en cambio, tiene la gran ventaja de que consagra la facultad del testador, quien, previendo el destino de sus bienes, funesto para el porvenir de sus nietos, no ya por el vicio, destructor de un patrimonio formado por el trabajo y por la economía de los antepasados, si que por la ligereza de carácter, la demasiada bondad de corazón, la cortedad de inteligencia, la afición á vivir en las capitales, el desdén por las cuidados de la agricultura y la ambición de enriquecerse pronto por medio de empresas industriales ó mercanti-

les, hacen que ponga antemural á tanto riesgo para que no se pierda rápidamente su fortuna, acaso en el despilfarro.

Añade Durán y Bas que los fideicomisos no han impedido la prosperidad del antiguo Principado, pues estableciéndose en ellos, como es costumbre antigua, relajada ahora, que el fiduciario y el fideicomisario habían de tener capacidad, no haber cometido delito de traición ó de lesa majestad, no hallarse constituídos en órdenes religiosas y ser aptos para administrar sus bienes, les da cierta fisonomía especial que, aparte de fomentar un sentimiento de fidelidad al Rey y á la Patria, simbolizan el legítimo deseo de que se perpetúe la familia y de que, como es propio del amor paterno, pasen los bienes con preferencia á los hijos, para que no desaparezcan entre manos ineptas ó incapaces para gozarlos. Aquella fisonomía se acentúa más en el entronque de la sustitución vulgar con la fideicomisaria, no ya en el primer llamamiento á la herencia, sino también en los demás para cada persona y para cada grado, ora se haga aquél nominalmente, ora de un modo genérico y solo por parentesco, á lo que llaman los prácticos sustitución vulgar infideicomiso.

Puede hacerse en testamento ó en contrato, nunca tácitamente; habiendo dudas, debe optarse por la libertad, regla consagrada por el Derecho romano, y así lo entiende Fontanella cuando dice: CONTRA FIDEICOMISSUM SEMPER EST INDUBIO JUDICANDUM; esto nos recuerda la sentencia, IN DUBIS LIBERTAS. Por esto, añade dicho fuerista, cuando se da sustituto fideicomisario á un hijo que no tiene prole al tiempo de otorgar testamento el padre, el fideicomiso solo puede subsistir en cuanto el heredero fallezca sin hijos ú otros descendientes, y que, cuando los fideicomisos se establecen bajo la condición de fallecer sin hijos ó sin que ninguno de ellos llegue á la edad de testar, los nietos, ó sean los hijos del heredero, solo son llamados en casos determinados y cortos en número, á base de que existan poderosas conjeturas de voluntad, para que participen de la herencia del abuelo, quienes, según la antigua jurisprudencia, se califican como puestos en condición.

Si el sustituto premuere al fiduciario ó á un fideicomisario anterior, dejando hijos puestos unicamente en condición, aquél debe tener capacidad al tiempo de deferirse la sucesión, por ser principio general que HEREDITAS NON ADITA NON TRANSMITTITUR; esta era la jurisprudencia del antiguo Senado de Cataluña, fiel á la doctrina del Derecho romano, bastardeada cuando se introdujo y conservó por algún espacio de tiempo el principio de representación. En el caso

de que el sustituto preñuera al fiduciario ó al fideicomisario anterior, no puestos en condición, sino llamados para tal caso, deben entrar en la sucesión del fideicomiso, no por derecho de representación, porque no deben la herencia á su padre, sino por ser ellos verdaderos sustitutos, aunque en segundo grado.

Legislación foral

Por incidencia nos hemos ocupado anteriormente del Derecho catalán en esta materia, vamos ahora á desarrollarla.

CATALUÑA

La Inst. § 11 DE FIDEL. HERED. distingue entre fideicomiso temporal y perpetuo hasta el infinito, constituido por la obligación de entregar la herencia á las personas llamadas sucesivamente por el testador. Prescribe la ley 14 Dig. DE LEGAT. que los fideicomisos son expresos ó tácitos; éstos son aquellos en que, por las cláusulas del testamento, se deduce la obligación de sustituir. Añade que la prohibición de enajenar impuesta por el testador á favor de una persona ó familia determinada, contiene un fideicomiso tácito.

El fideicomiso puede ser puro ó condicional (ley 1.^a Digesto An. S. C. Trebel., Inst. § 2.^o DE FID. HERED.); el impuesto á los hijos y descendientes del testador á favor de un colateral ó extraño contiene la condición tácita de morir el fiduciario sin hijos ó descendientes legítimos (ley 102 Dig. DE COND. ET DEM. y 30 Cód. DE FIDEIC.) De esto nos hemos ocupado, siendo de añadir que los tratadistas catalanes consideran admitido ese principio ó condición tácita, cuando en ésta son puestos los hijos, como se suele hacer.

Dice Corbella, que no solo los donadores, si que también los testadores acostumbran á instituir heredero á uno de los hijos y para en el caso de morir éste sin sucesión, instituyen al segundogénito y así sucesivamente; los nietos del donante ó testador, que, á la vez son hijos del donatario ó heredero, se dicen puestos en condición, porque depende de que vivan ó no el que tenga lugar el llamamiento de los segundos y terceros donatarios ó herederos; si el primer llamado tiene hijos, expira la sustitución hecha á favor de de los segundogénitos, etc. Si el donatario ó heredero tiene hijos

puede enajenar y gravar los bienes y solamente debe restituirlos á sus hijos puestos en condición cuando éstos son gravados por el testador con la obligación de restituir todo ó parte de la herencia, pues, no teniéndola, mal pueden cumplirla.

En orden á los efectos del fideicomiso, prescribe la ley 114 Digesto DE LEGAT., que la obligación de restituir impuesta por testador, se limita á lo que éste hubiese dejado al heredero gravado, y añade la ley 17 Dig. AD SENAD. CONSUL. TREBEL., que cuando al heredero se le hubiese ordenado que nombrase heredero á una persona determinada, quedará limitado este gravamen á los bienes provenientes del testador.

Los frutos que hubiese recibido el fiduciario hasta el día que deba restituir los bienes, los hace suyos, sin que se comprendan en éstos, aunque el testador hubiese extendido el gravamen á todo lo percibido de su herencia (leyes 67 y 18 Dig. *íd.*), en cuyo caso se considerarán comprendidos los legados que le hizo. También le pertenecen los frutos percibidos desde el día en que debía verificar la restitución hasta el en que se la reclame el fideicomisario (ley 22 Dig. AD SENAD. CONSUL. TREBEL.) Hecha la reclamación, queda el heredero constituido en mora y desde entonces viene obligado á restituir los frutos percibidos y debidos percibir, con los daños y perjuicios que hubiere ocasionado al fideicomisario (ley 26 Dig. DE LEGAT.) Y respecto á los deterioros que hayan sufrido las cosas, el fiduciario es responsable de los causados antes de la restitución, si se deben á su dolo ó culpable negligencia (ley 22 Dig. AD SENADO CONSULTO TREBELIANO).

El fiduciario debe verificar la restitución al fideicomisario en el tiempo señalado por el testador, si aquel viviese y no hubiera renunciado al fideicomiso expresa ó tácitamente, después de la muerte del causante (leyes 15 Dig. DE ANN. LEGAT., 7.^a Dig. DE REB. DUB. y 11 Cód. DE TRANSACT.) Si estuviese facultado para elegir sucesor entre sus hijos y otros parientes, no podrá preferir á estos últimos, sino á falta de los primeros (ley 57 AD. SENAD. CONS. TREB.) Circunscrita la elección entre algunas personas, todas se entenderán llamadas si el fiduciario no elige (ley 67 Dig. DE LEGAT.)

El fiduciario tiene derecho á recobrar las mejoras que hubiese hecho en los bienes vinculados (ley 22 Dig. *íd.*) Puede ser obligado á aceptar la herencia (Inst. §§ 5.^o y 7.^o lib. HERED y ley 4.^a Digesto AD SENAT. CONS. TREBEL.) Esto nos obliga á tratar de la

Cuarta trebeliánica

Con la Falcidia, la de legítima y la marital, constituye lo que se ha llamado la *vara* romana.

La intercesión del fiduciario, su obligación de entregar los bienes a persona incógnita para eludir la confiscación y no dar motivo a la sucesión intestada, fué al principio gratuita; aquél tenía que cargar, además, con las deudas de la herencia, pues mal podían ser exigidas á quien su nombre permanecía en el secreto. Esto era duro; los fiduciarios se abstendían de aceptar la herencia, y como sin este requisito, imperfecto todavía el derecho hereditario, no podía cumplirse el testamento, especialmente respecto á la entrega de legados, con ofensa del buen nombre del causante, hubo necesidad de estimular, de alguna manera, el interés del fiduciario para que verificase la adición y no quedase destituida la postrimera voluntad. A esto tendió el establecimiento de la cuarta trebeliánica, detraída del caudal relicto, para lo cual Justiniano reunió en uno los Senado-consultos Trebeliano y Pegasiano; el primero, que libertaba al fiduciario de las cargas de la herencia, pero sin concederle ninguna participación, y el segundo que, obligándole á aceptarla, le facultó para detraer de ella la cuarta parte, al menos, si la entrega era de todos ó de gran parte de los bienes.

De esto se ocupa la Instit. § 5.º DE FID. HERED., añadiendo las leyes 1.ª y 3.ª Dig. AD SENAD. CONS. TREB., que para el cómputo de dicha cuarta deberán rebajarse del valor de los bienes vinculados las deudas del testador, los gastos de su última enfermedad, funerales y el importe de los legados píos.

Se imputan en esa cuarta, disminuyendo su valor: 1.º Las donaciones ó legados y demás que el fiduciario hubiese adquirido de los bienes del testador (Inst. § 7.º DE FID. HERED.), y 2.º Los frutos que hubiese percibido hasta el día de la restitución, á menos que fuese hijo ó descendiente del testador (leyes 18 y 22 Dig. AD SENAD. CONS. TREB. y 6.ª Cód. íd.) No se imputan en la cuarta los frutos que hubiese percibido hasta el día que el fideicomisario reclame la herencia (ley 22 Dig. íd.)

No cabe la detracción: 1.º Si el testador la hubiese prohibido (ley única, tít. 6.º, lib. 6.º, vol. 1.º de las Const.); 2.º Si se hubiese asignado por ella una cosa determinada de la herencia; 3.º Si el fideico-

miso no comprende toda la herencia ó una parte alícuota de ella, sino una cosa cierta y determinada de la misma (Nov. XXXIX, capítulo 1.º, Inst. §§ 2.º y 9.º DE FID. HERED.); 4.º Si el fiduciario hubiese sido obligado á aceptar la herencia (leyes 4.ª y 14 Dig. íd.); 5.º Si no hubiese formado á su tiempo el correspondiente inventario de los bienes del testador (leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª, tít. 8.º, lib. 6.º, vol. 1.º de las Constituciones), y 6.º Si hubiese restituído la herencia sin deducir la cuarta, á menos de que hubiese procedido por error de hecho.

Y puesto que hemos citado las constituciones, diremos que en toda clase de fideicomisos, lo mismo puros que condicionales, el fiduciario, para que pueda detraer esa cuarta, evitando con esto pleitos á los habitantes del principado, debe hacer ese inventario, llamando y citando especialmente al fideicomisario si éste residiese en el lugar donde exista la herencia ó la mayor parte de ésta, y que si estuviese ausente ó, citado no quisiera concurrir, debe practicarse con intervención de dos personas elegidas por el Juez del lugar; faltando el inventario, carece de derecho á la cuarta, pudiendo el fideicomisario jurar *IN LITEM* contra aquel heredero ó sus sucesores por los bienes enajenados de la herencia, inventario que debe ser recibido y testificado por el Notario que el mismo heredero quiera, y no por otro, habiéndose dispuesto en la Const. del rey D. Felipe, dada en las Cortes de Monzón en 1547, que la constitución antes dicha obligaba á los hijos de primer grado; de manera que, si no cumplían con esa formalidad dentro del término señalado por el derecho común, perdían la cuarta trebeliánica.

El Derecho canónico ha venido perfumando la legislación catalana con ordenamientos para suavizar el rigor de sus preceptos y darles la extensión debida; así es que la Decret. cap. XVI DE TESTAM, dispuso que los hijos y descendientes del testador, con el gravamen del fideicomiso, pudiesen deducir de la herencia la cuarta trebeliánica y la legítima que les corresponda, á menos que el testador les hubiese expresamente prohibido la detracción de la primera (ley única, tít. 6.º, lib. 6.º de las Constituciones).

Fideicomisos particulares

Son los constituídos por una cosa ú objeto de la herencia, sin extenderse, claro está, á su universalidad, ni á una parte alícuota de

la misma (Inst. Pr. SING. REB. PER FID. REL.) así como el que comprende la totalidad de los bienes de una herencia adquirida por el testador (ley 27 Dig. AD SENAD. CONS. TREBEL.) Pueden ser gravados con este fideicomiso tanto los herederos como los legatarios. Si estos últimos no lo aceptan, pasan los bienes al heredero con la misma obligación (Inst. Pr. DE SING. REBUS. FID. RELIED. y ley 9.^a Dig. DE USU ET USUFR. LEGAT.)

El heredero ó legatario que hubiese cumplido un fideicomiso nulo, carece de derecho para reclamar lo entregado (ley 2.^a Código DE FIDEL.) La nulidad del fideicomiso particular con que se haya gravado á un legatario cede en beneficio de éste y no del heredero (ley 36 Dig. DE LEGAT.) En todo lo demás no previsto, rígense los fideicomisos singulares por las reglas de los legados (ley 2.^a Código COM. DE LEGAT. ET FID.)

Para terminar esta materia diremos que las Cost. de Tortosa tratan de la sustitución fideicomisaria (rúbs. 4.^a y 5.^a, lib. 6.^o); prescriben la necesidad del inventario que debe hacer el heredero sustituido y, en general, del que debe tomar todo heredero esté ó no sustituido (rúbricas citadas).

Código civil

Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita á un tercero el todo ó parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto, siempre que no pasen del segundo grado ó que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador; art. 781 que prohíbe las vinculaciones perpetuas, no registradas ni en el Fuero Juzgo ni en el Fuero Real, aceptadas por el Código alfonsino y proscritas por anti-económicas por la ley de 11 de Octubre de 1820 y otras disposiciones posteriores. De modo que solo cabe esa sustitución temporal, limitada á la segunda generación ó grado de parentesco descendente, esto es, hasta los nietos inclusive del fiduciario, ó constituido en favor de personas que vivan cuando fallezca el testador.

La palabra encargo, empleada en ese artículo, es impropia; debió usarse la de orden, como advierte Manresa, quien añade: si los bienes ó parte de ellos han de pasar directamente del testador á las clases ó personas favorecidas, habiendo solo como intermediario un albacea ó encargado de cumplir la voluntad del testador, en suma, un mero

representante sin facultades propias, no habrá sustitución fideicomisaria; pero sí la habrá en el caso de existir en primer término otro heredero que ostente (el fiduciario) el derecho de disfrutar y de conservar los bienes, para darles después la inversión que el causante hubiera establecido.

Caracteriza, pues, la sustitución fideicomisaria el que el fiduciario conserve todo ó parte de la herencia y que la transmita á un tercero, llamado fideicomisario, sin que esto pueda hacerse más allá de la segunda generación; Justiniano dispuso en la Novela CLIX que el fideicomiso no pudiese durar más de cuatro generaciones, que es lo vigente en Cataluña, por mas que la costumbre lo limita á dos, con lo cual se establece una relación entre el uso en Cataluña y el Código civil.

¿Pueden estimarse como personas vivas al fallecimiento del testador los concebidos y no nacidos? Indiscutiblemente, porque al póstumo se le reputa nacido en todo lo que le sea favorable.

El fiduciario y el fideicomisario deben tener la capacidad necesaria para ser herederos, por ser los favorecidos con la sucesión. ¿Dentro de qué tiempo debe entregar el fiduciario los bienes al fideicomisario? El Código no lo dice, luego depende de la voluntad del testador; en su defecto, el plazo queda á merced del fiduciario, puesto que tiene el derecho de conservación de los bienes.

El Código solo admite los fideicomisos temporales, lo mismo universales que singulares; los posteriores á los nombramientos de los primeros fideicomisarios son nulos (Sent. de 8 de Mayo de 1894). La condición impuesta por el testador acerca del destino de los bienes, si los herederos no tienen hijos, no constituye una sustitución fideicomisaria (Sent. de 19 de Febrero de 1898).

Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeren sobre el tercio destinado á la mejora solo podrán hacerse en favor de los descendientes: art. 782, aplicado en sentencia de 11 de Marzo de 1905).

Para que sean válidos los llamamientos á la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos; de manera que no cabe la sustitución tácita, pues siendo el fideicomiso una sucesión oblicua y por desviarse de la general, que es la directa, no puede tomarse más que como excepción, y de aquí que el llamamiento debe ser expreso para que sea válido: art. 733. Este añade que el fiduciario está obligado á entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso

de que el testador haya dispuesto otra cosa. De suerte que el Código no admite la detracción de la cuarta trebeliánica; si tuvo razón de ser para evitar que el testamento quedase destituido; si fué un aliciente ó estímulo para el fiduciario, á fin de que, halagado con esa porción, adiese la herencia y pagase los legados, hoy no tiene objeto, porque como puede uno morir parte testado y parte intestado, y como, además, el fideicomisario adquiere derecho en la herencia desde la muerte del testador, siempre habrá un heredero encargado de cumplir la última voluntad; pero ya que no tiene derecho á esa cuarta ni á otras clases de deducciones, á menos de que el testador hubiese dispuesto otra cosa, muy justo es que pueda reclamar los gastos legítimos, no los simulados, los créditos que él tenga contra la herencia y las mejoras, pues no pasa de ser, en puridad, mas que un usufructuario á quien el Código no impone la obligación de inventariar que tenía por el Derecho tradicional, y tiene por el catalán; pero, si bien se repara, debe hacer inventario, porque si no se hace, mal puede apreciarse si ha hecho ó no mejoras, que suponen haberse verificado la descripción de los bienes con expresión de su estado.

No surtirán efecto:

1.º Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituto la obligación terminante de entregar los bienes á su segundo heredero. De manera que la ley prohíbe la designación confidencial.

2.º Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar y aún la temporal fuera del límite señalado en el art. 781. Esto tiende á evitar la vinculación; el Legislador mira por la libertad del inmueble para que entre en el torrente circulatorio de la riqueza.

3.º Las que impongan al heredero el encargo de pagar á varias personas sucesivamente cierta renta ó pensión. También tiene esto el mismo fundamento antes dicho; si se permitiese el pago de pensiones más allá del segundo grado, quedaría barrenada sobrepticiamente la libertad de la propiedad y burlado el ordenamiento legal.

4.º Las que tengan por objeto dejar á una persona el todo ó parte de los bienes hereditarios, para que los aplique ó invierta según las instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador. Esto, que tenía razón de ser cuando habían confiscaciones, no se halla justificado ahora.

La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará á la

validez de la institución, ni á los derechos del primer llamamiento; solo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria: art. 786, no aplicable al caso en que se instituye heredero en primer término á determinada persona, con facultad de apoderarse de todos los bienes del testador y darles, según su conciencia, el destino que le hubiese indicado en instrucciones particulares, porque tal disposición es de carácter indivisible é ineficaz, por caer de lleno en el art. 745: Sentencia 6 de Febrero de 1903, recaída en favor de los herederos *abintestato* que pidieron la nulidad de toda la cláusula. No son aplicables los núms. 1.º y 4.º del art. 785, ni el 786 en el caso de que, habiendo de destinarse los bienes, según la voluntad del testador, á objetos benéficos, se facultó al heredero en el testamento para adjudicárselos á sí mismo en plena propiedad, aunque fuera con el encargo de conciencia que el testador le había comunicado de palabra (Sent. 5 Junio 1906).

La disposición en que el testador deje á una persona el todo ó parte de la herencia y á otra el usufructo será válida. Si llamase al usufructo á varias personas, no simultánea, sino sucesivamente, se estará á lo dispuesto en el art. 781 (esto es, que no pasen del segundo grado ó recaigan en favor de los que vivan al tiempo del fallecimiento del testador); así lo prescribe el 787, aplicado en Sent. de 11 de Abril de 1905, declarativa de que es institución pura de heredero la que se hace en propiedad, para el caso de que el usufructuario muera sin hijos. Los herederos adquieren la propiedad desde la muerte del testador, sin perjuicio del mejor derecho que puedan ostentar los hijos del usufructuario si llega á haberlos.

El nudo propietario no adquiere el dominio útil por sucesión del usufructuario, sino por su propia institución, con título independiente al de este último; el causante de ambos es el testador, y fallecido el usufructuario ó extinguidos los llamamientos de sustitutos, que no pueden pasar de la segunda generación, el usufructo y la nuda propiedad se consolidan en el heredero ó nudo propietario; este es nuestro sentir.

Será válida la disposición que imponga al heredero la obligación de invertir ciertas cantidades periódicas en obras benéficas como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes ó en favor de los pobres de cualquier establecimiento de beneficencia ó de instrucción pública, bajo las siguientes condiciones: si la carga se impusiere sobre bienes inmuebles y fuere temporal, el heredero ó herederos podrán disponer de la finca gravada, sin que cese el grava-

men, mientras su inscripción no se cancele; si fuere perpetua, el heredero podrá capitalizarla é imponer el capital é interés con primera y suficiente hipoteca. La capitalización é imposición del capital se harán interviniendo el Gobernador civil de la provincia y con audiencia del Ministerio público. En todo caso, cuando el testador no hubiere establecido un orden para la administración y aplicación de la manda benéfica, lo hará la autoridad administrativa á quien corresponda con arreglo á las leyes.

Lo arriba escrito está tomado del art. 788, inspirado en la Real cédula de 30 de Mayo de 1830, y en él se procuran hacer compatibles el derecho del heredero con el de las personas á quienes, por motivos benéficos ó docentes, adquieran periódicamente ciertas cantidades para cuyo pago el testador hubiese gravado temporal ó perpetuamente los bienes. Si la carga es temporal, no hay necesidad de cancelarla; el heredero puede disponer de la finca afectada mientras su inscripción no se cancele por haberse ya invertido las cantidades ó satisfecho las pensiones, ó procediéndose á la redención de la carga, aún antes del término fijado, de manera que pueda cumplirse la voluntad del testador. Si fuese perpetua, no viene obligado el heredero á soportarla, pues puede capitalizarla, é imponer el capital é interés con primera y suficiente hipoteca; pero ha de ser con intervención del Gobernador civil de la provincia que, en este caso, ejerce la tutela de las personas favorecidas por el testador, y con audiencia del Ministerio público que, además de ser el representante de la ley, ejerce también esa alta representación.

Ya sea la carga perpetua, ya temporal y en el supuesto de que el testador no hubiese establecido un orden para la administración y aplicación de la manda benéfica, lo hará la autoridad administrativa á quien corresponda con arreglo á las leyes.

Es válido el testamento por el cual se encarga al albacea para que invierta el remanente de los bienes en obras benéficas (Sent. 1.º Diciembre de 1899) Hacemos esta cita por la relación que existe entre lo dispuesto en los arts. 747 y 748.

Jurisprudencia en materia de fideicomisos según el Derecho catalán

La ley 38 Dig. DE LEGAT. ET FIDEICOM., la Auténtica que sigue á la ley 3.ª del Cód. COMMUNIA DE LEGATIS y la Novela 39 cap. I,

facultan al heredero para detraer su porción legítima y vender bienes para pago de deudas del testador, dotes y donaciones propter nuptias á que estuviese obligado (Sent. 30 Junio 1881). No es de esencia en las sucesiones fideicomisarias que la voluntad del testador se mantenga secreta, aunque esto sea lo común (íd. 8 Julio 1896). El cuarto grado de parentesco debe contarse con relación con el impúber de cuya sucesión se trate, sin consideración, sobre ésto, á la persona de quien provengan los bienes (Sent. de 16 de Abril de 1898 que aplica el tít. 2.º, lib. 6, vol. 1.º de las Constituciones de Cataluña al fideicomiso familiar).

Instituyendo el testador heredero á un hijo del primer matrimonio y disponiendo que en cualquier tiempo que muriese le sustituyeran sus hijos y descendientes legítimos de grado en grado por orden de primogenitura y con preferencia los varones á las hembras y haciendo, aparte de otros llamamientos, el de los hijos del segundo matrimonio para el caso de que el heredero nombrado no dejase descendencia ó faltase ésta, aparece establecido un fideicomiso universal familiar permitido y frecuente en Cataluña, sin carácter perpetuo, dada la redacción de la cláusula en que fué establecido y sí temporal, que es eficaz hasta la cuarta generación, con arreglo á la Novela CLIX de Justiniano (Sent. 27 Mayo 1899).

Instituyendo el testador herederos á sus hijos con el gravamen de restitución, ó sea que el haber hereditario del que muriese sin descendencia había de pasar por iguales partes á los otros hermanos ó al último que sobreviviese, caso que los demás no hubieran sucesión, la descendencia de los premuertos debe compartir con los supervivientes la porción gravada de los que fallezcan sin hijos; de modo que todos tienen derecho al disfrute del fideicomiso condicional, los descendientes, no por derecho de representación, sino por derecho propio, como fideicomisarios, á virtud del llamamiento que les hizo el ascendiente común (Sent. de 2 de Octubre de 1900).

Los hijos naturales, legitimados por subsiguiente matrimonio de sus padres, tienen los derechos de los legítimos y, por tanto, suceden á aquéllos en igualdad de condiciones que los últimos; de manera que tales hijos legitimados, mientras no sean expresa y terminantemente excluidos, tienen derecho á la sucesión, ya figuren puestos en condición ó se haga depender la caducidad del fideicomiso de la existencia de ellos (Sents. de 11 de Junio de 1895 y 9 de Octubre de 1906). Debe estarse á lo que los herederos manifiesten, por ser órganos indiscutibles de la omnímota y suprema confianza que en

ellos depositara el testador al encargarles la ejecución de su última voluntad, con arreglo á las instrucciones verbales ó escritas que les diera (Sent. de 16 de Diciembre de 1872). No infringe la voluntad del testador la sentencia que declara nulas las enajenaciones de los bienes fideicomitidos, y manda que se dejen éstos á disposición del hijo del testador en quien recayó el fideicomiso y de sus descendientes por orden de primogenitura (Sent. de 5 de Enero de 1895), la cual añade que la ley 11, tít. 42, lib. 6.º del Código de Justiniano solo da validez á las ventas realizadas con el consentimiento ó aquiescencia de todos los que puedan aspirar al fideicomiso.

En Cataluña puede prohibirse por los testadores la detracción de las cuartas trebeliánica y falcidia (Sent. de 3 de Noviembre de 1892). Los poseedores de una herencia por título universal no tienen el carácter de terceros respecto de la participación que en ella corresponda á su difunto hermano por razón de legítima y cuarta trebeliánica, y por tanto carecen de derecho para impugnar el gravamen que, con cargo á dicha participación, impuso el mismo, aunque este carácter no se haya inscrito, por no ser aplicable el art. 23 de la ley Hipotecaria (Sent. de 25 de Mayo de 1893).

No cumpliendo el heredero fiduciario con la obligación de inventariar en tiempo, el inventario que forme cinco años después de la muerte de sus antecesores no le aprovecha para utilizar el beneficio de restitución, pues para ello se necesita una declaración judicial, previos los requisitos legales, con tanta más razón, cuanto que según la ley 7.ª, tít. 23, lib. 2.º de las Instituciones de Justiniano, el heredero fiduciario, para que tenga derecho á la cuarta trebeliánica, ha de inventariar los bienes dentro del término legal (Sent. de 16 de Enero de 1897).

No son aplicables la Real cédula de 27 de Febrero de 1742 y la ley 18 del Digesto, AD SENATUM CONSULTUM TREBELIANUM, cuando el fiduciario está pagado de todos sus créditos contra la herencia ó ha de hacerse la detracción de aquellos simultaneamenté con la división y entrega de los bienes gravados de restitución (Sent. de 25 de Febrero de 1896).

De las legítimas

La herencia, por la relación de derecho entre el testador y sus herederos, se divide en forzosa y voluntaria, así como, por razón del

título de la misma, en testamentaria, legítima y mixta. Es forzosa si los herederos tienen derecho á legítima, consistente en una porción no cualitativa, sino cuantitativa de herencia, señalada por la ley y á la que tienen derecho los herederos y no se les puede privar de ella, á menos de que existan causas taxativas de incapacidad ó de desheredación.

La legítima, pues, coarta el *JUS DISPONENDI* del individuo ¿Cuál es su fundamento? ¿Debe subsistir? En el proemio del libro primero estudiamos con amplitud el magno y secular problema de la libertad de testar y no hay para qué tratarlo ahora; siquiera, por incidencia y como punto de arranque para ulteriores desenvolvimientos en este estudio, haremos la historia de las legítimas, antes de contestar á aquellas preguntas.

Enseña la Sociología que en los primeros tiempos de la Historia no existió la propiedad individual; perteneció ésta á la gens, á la tribu, á la familia, á esos núcleos sociales más ó menos desarrollados á impulsos de la necesidad, que constituyeron, como dice el Sr. Azcárate, las unidades fundamentales de la sociedad; y claro que, si la propiedad individual no existía, era imposible consagrar la libertad de testar, que en aquella tiene su raíz; libertad que ven algunos en la célebre ley decenviral *PATERFAMILIAS UTI LEGASSIT SUPER PECUNIAM TUTELAVE SUE REI, ITA JUS ESTO*. No obstante este sentir, bastante generalizado, exaltador de la prerrogativa del ciudadano, Summer Maine y Azcárate ven en la ley decenviral disposiciones referentes á llamamientos de herederos suyos, agnados y gentiles, de lo cual deducen que el poder absoluto del *paterfamilias* no pasó de ser una excepción en aquel régimen jurídico y que solo á falta de herederos legítimos era lícito al mismo disponer de sus bienes por testamento.

La crítica histórica, llevada al derecho, no ha podido descifrar del todo si en la Roma de los primeros tiempos estaba consagrada la libertad de testar. Respetando la opinión de dichos maestros nos inclinamos á la afirmativa. Con efecto; si el testamento era una ley que surgía por la autarquía individual ante los comicios reunidos que la aprobaban ¿qué de extraño tiene que, haciéndole honor, se respetase la voluntad del otorgante, por lo mismo que significaba una excepción definida de la sucesión hereditaria? Si el testador no podía disponer de sus bienes, teniendo herederos suyos ¿por qué se introdujo la querrela de inoficioso testamento, que es precisamente el origen de las legítimas? Para nosotros no cabe la menor duda de

que la legítima se introdujo para cortar abusos, evitando que el hombre, traicionando á su conciencia y faltando á sus deberes, dentro de la familia, prefiriere los extraños á sus hijos y á los autores de su existencia.

Por donde hemos penetrado en la entraña del problema ó sea en el fundamento racional de las legítimas.

Según sus partidarios, la absoluta libertad de testar deja indefensos á los hijos contra las pasiones ó la debilidad de los padres, cuya voluntad es captada, muchas veces, en el lecho del dolor por las personas más astutas y desaprensivas; consiente la arbitrariedad y el despojo bajo la sombra de la libertad; favorece la antieconómica acumulación de la propiedad en pocas manos, ahondando la lucha entre pobres y ricos, y perjudica en suma, á la sociedad que tiene derecho á que se saque de las cosas la utilidad de que son susceptibles por naturaleza. Para algunos, las legítimas se fundan en la propiedad familiar, á lo cual replica D. Luis Franco que, ó tendría que faltarse á todas las reglas de la lógica, ó sería una consecuencia ineludible la de que ni el padre podría enajenar sus bienes sin el consentimiento de sus hijos, ni á éstos les sería permitido repudiar, ni dejar de aceptar la herencia de sus padres, cualquiera que fuesen las obligaciones á que estuviese sujeta.

Dice Alonso Martínez «yo sostengo que el caudal que se encuentra en el hogar doméstico al exhalar el hombre el último aliento no era la fortuna personal y exclusiva de éste, sino el patrimonio de su familia, de este grupo natural, de esa unidad indisoluble, cuya conservación es necesaria para el desenvolvimiento de la especie humana y que solo puede mantenerse y perpetuarse por la herencia, que es la ley jurídica de su continuidad en el mundo», y añade: que «no se concibe la continuidad de la familia sin la sucesión. Se hereda el nombre, se hereda la honra, se heredan, según los modernos naturalistas, las aptitudes; se heredan, según los fisiólogos, las enfermedades ¿y no creéis que se hereden los medios de vivir y desarrollarse?»

Deslumbra y fascina este argumento aducido por el exministro de Gracia y Justicia en su diamantino libro «El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales»; pero nos sugiere esta atrevida réplica: Si la herencia es necesaria al desenvolvimiento y continuación de la familia, para que ésta se mantenga y perpetúe ¿cómo es que en Inglaterra se halla establecida la libertad de testar, cuyo Parlamento, en 1703, puso el sello de esclavitud á Irlanda al disponer que los bienes de los católicos se dividiesen por iguales partes

entre sus hijos, á no ser que el mayor se hiciese protestante, en cuyo caso podría ser él heredero exclusivo, prescripción que, por lo despectiva para aquel pueblo, hubo de derogarse en 1778, debido á la protesta con que fué recibida? Si la institución de las legítimas es tan indispensable para la existencia y desenvolvimiento de la familia, ¿por qué no existe en muchos estados norteamericanos y no tiene todo el relieve de Castilla y de Cataluña, en Navarra, Vizcaya, y Aragón, donde la participación del heredero forzoso es irrisoria por lo insignificante? ¿Será, acaso, que en esos estados y comarcas no existe ese grupo natural llamado familia y, aún habiéndolo, sus vínculos están relajados, esperando el sistema de legítimas para mantenerse y perpetuarse por la herencia, que es ley jurídica de su continuidad en el mundo?

El abuso de la libertad es libertinaje, como el abuso de la autoridad constituye el despotismo; hay que huir de estas exajeraciones, y la ley procura conciliar, con una fórmula de justicia, la libertad de disponer con la restricción absoluta de testar, para que puedan cumplirse los deberes que tiene el hombre en la familia. A esto conduce el sistema de legítimas, como medio de intervención de la ley para refrenar el albedrío; pero no se pierda de vista que las costumbres influyen poderosamente en el arraigo y vida de las instituciones civiles, y como la de las legítimas pertenece á las de esta clase, no tiene otro fundamento que el puramente circunstancial, por el modo de ser de los pueblos, y si éstos están bien avenidos con su régimen de libertad, tienen que pronunciarse contra todo lo que significa restricción, y, del propio modo, en los países donde ha arraigado el sistema de legítimas, sublévase la conciencia jurídica cuando los padres cometen desafuero, no ya en testamento, porque cabe recurrir contra el agravio, sino simulando enajenaciones para dejar á su familia plantada en el arroyo, aspectos estos que pusimos de relieve en el proemio del libro primero, donde dimos una media solución al escabroso problema de la libertad de testar.

Roma concedió á las personas ligadas con el testador con los vínculos de la sangre la querrela de inoficioso testamento para que lo invalidaran, por no dejárseles la porción de bienes que, en conciencia, no podía negarles el causante, quien, preteriendo á sus hijos, daba á entender que sufría un desvío de su razón; este fué el esbozo de la legítima, que se concedió después á los descendientes; pero no tenía cantidad determinada, lo cual vino á suplir Justiniano en su Novela CXVIII, disponiendo que si los hijos eran cua-

tro ó menos, tuviesen el tercio y si pasaban de este número la mitad. También se concedió la querrela de inoficioso testamento á los hermanos cuando eran preteridos por persona torpe.

Como quiera que el pueblo germano no admitió otra propiedad que la familiar, piedra angular de la sucesión hereditaria legítima, desconoció la libertad de testar, y cuando los visigodos conquistaron el suelo hispánico encontráronse con las tradiciones y las leyes romanas reconocedoras del sistema de legítimas. Instauró el Fuero Juzgo la tradición del pueblo germánico que coartaba la libertad del padre; pero, dentro de aquel medio social religioso en que fué producido dicho Código, convino en facultar al testador para que pudiese disponer del quinto de su herencia en favor de la Iglesia ó de otras obras piadosas. No paró aquí el despliegue de la institución hereditaria; la ley 1.^a, tít. 5.^o, lib. 4.^o del mismo Fuero, facultó al padre para mejorar en el tercio, dentro de esos cuatro quintos, á algunos de los descendientes, lo cual vino á establecer la doble legítima, llamada, respectivamente, larga y corta según se detraía ó no de la mejora. Esta no fué admitida en los Fueros municipales, apegados al sistema germánico, los cuales dispusieron, en respeto á la propiedad familiar, que todos los bienes se repartiesen entre los hijos, á lo cual se opuso el Fuero Real, que regresó á lo establecido en el Fuero Juzgo, hasta que, por fin, vinieron las Partidas disponiendo lo propio que el Derecho romano, esto es, que la legítima fuese el tercio, cuando los hijos no pasaban de cuatro y la mitad se excedían de este número (sistema justinaneo); pero las leyes del Estilo, irradiadoras de la jurisprudencia en aquellos tiempos, optaron por el sistema del Fuero Juzgo y del Fuero Real; y lo mismo dispusieron las leyes de Toro, comprendidas en la Nueva y Novísima Recopilación.

De manera que la legítima de los hijos y descendientes legítimos fué la de los cuatro quintos de los bienes; la mejora constituía el tercio; la preterición de alguno ó de todos los herederos forzosos anulaba la institución de heredero, pero valían las mandas y mejoras en cuanto no fueren inoficiosas. El hijo natural era heredero de su madre, pero no de su padre; únicamente en la sucesión intestada, y en determinados casos tenía derecho á una sexta parte de la herencia paterna que debía dividirse con su madre. Prescribió la ley 6.^a de Toro que, en defecto de hijos legítimos y legitimados, entrasen á heredar á la madre sus hijos naturales y espúreos, por su orden y grado, y si bien vino esto á reconocerles una legítima,

no pasó de ser una caricatura de ésta, porque los hijos naturales no podían heredar, dejando la madre descendientes y ascendientes legítimos; solo no teniendo estos herederos forzosos es cuando podía dejar á aquél lo que quisiera.

La querrela de inoficioso testamento se concedió también en Roma á los ascendientes, pero quedó en lo incierto la cuantía de la legítima, sosteniendo unos autores que era la cuarta parte y otros, que el tercio. Los germanos, no obstante su sistema de la propiedad familiar, no conocieron esta legítima, de la cual tampoco trata el Fuero Juzgo, antes dispone su ley 21, tít. 2.º, lib. 4.º que todo hombre ó mujer libre, sin hijos, nietos ó biznietos, haga de lo suyo lo que quisiere, disposición ésta reproducida en la ley 1.ª tít. 6.º, lib. 3.º del Fuero Real, donde se añade que lo hecho por el hombre ó la mujer libre «non lo puede embargar padre ni madre, ni otro pariente», «pues esas personas—añade—tampoco tenían derecho por natural de heredar».

Dispuso la ley 8.ª, tít. 12, Part. 6.ª, que la legítima del padre era el tercio de los bienes del hijo, y así se admitió en el foro, hasta que la ley 6.ª de Toro la señaló en dos tercios, concediéndola á los ascendientes.

Legislación catalana

Haciendo la historia de las legítimas en Cataluña, se nos presenta una institución llamada *aprisiones*, en catalán *acaptas*, consistente en ocupaciones que, con licencia del Emperador ó Rey, dueño de la tierra, hacían los españoles refugiados de la *marca gótica*, respecto de terrenos yermos y abandonados, ya para reducirlos á cultivo, ya para habitarlos. El dueño de una aprisión podía enajenarla á título oneroso y á título gratuito, pero, á su muerte, debía pasar á sus hijos y descendientes; no dejando ni unos ni otros, le heredaban sus más próximos parientes según la ley goda; de modo que esto constituía la sucesión legítima, secuela de la propiedad familiar; pero estas restricciones no impedían que el padre pudiese mejorar á sus hijos, como vino á prescribir el Fuero Juzgo en la citada ley dada por Chindasvinto, y además podía el padre dejar el quinto de su herencia á quien quisiere.

Desde el año 1068 hasta el 1251 no hubo uniformidad en el Principado respecto á la cuantía de la legítima; en unos lugares se

regían por la ley goda, que dividía la herencia en quince partes, de las cuales los hijos tenían ocho, cualquiera que fuere su número y, habiendo uno solo, las adquiriría éste, quedando las siete partes restantes para que el padre ó la madre pudieran disponer de cinco para mejorar á sus hijos ó hijas y disponer, en todos los casos, de dos partes de las quince; esta ley, que aparece en la Constitución 2.^a, tít. 1.^o, lib. 6.^o, vol. 3.^o, se observó en Tarragona, Cervera y en algunos otros lugares, entre ellos la ciudad de Gerona. En otras comarcas se introdujo, por costumbre, la legítima justinianea, y así sucedió en Lérida, pues, según la rúbrica 155, de sus Costumbres, la legítima era el tercio, cuando habían cuatro hijos ó menos, y la mitad, si cinco ó más.

En Barcelona, según el capítulo segundo del RECOGNOVERUNT PRÓCERES, la herencia del difunto se dividía en quince partes, de las cuales ocho eran legítima; lo mismo que dispuso la ley goda, pero no admitió aquél las mejoras de tercio y quinto, pues el padre tenía omnimoda facultad para disponer de siete de las quince partes; es más, por la ley única, tít. 1.^o, lib. 5.^o, vol. 2.^o de las Constituciones, que es el Privilegio concedido por Jaime I á Barcelona en 28 de Abril de 1269, el padre podía privar de la legítima al hijo ó hija menor de 25 años que se casaran sin su voluntad.

Sería interminable hacer la historia de la legítima en Cataluña; cúmplenos decir que prevaleció la romana sobre la goda, constituyendo lo vigente la ley de 1585 (ley 2.^a, tít. 5.^o, lib. 6.^o de las Constituciones de Cataluña) en la cual, procurando por la conservación de las casas principales, se dispuso que la legítima para todos hijos ó hijas, aunque excedan de cuatro, consista en la cuarta parte de los bienes del difunto, y que el heredero puede elegir entre pagar en dinero, estimado el valor de los bienes del difunto, ó en propiedad inmueble, quedando al arbitrio del Juez la solución de la discordia que hubiere sobre la propiedad consignada en pago; disposición aplicable á todo el Principado catalán, con derogación de toda ley ó costumbre en contrario. Por otra ley del mismo año (Constituciones de Cataluña, ley única, tít. 18, lib. 4.^o vol. 1.^o) se ordenó que, viviendo el padre ó la madre, no se pueda hacer ejecución en sus bienes por responsabilidades del hijo, á título, ni con ocasión de la legítima de éste, el cual no la tiene ni la puede pedir en vida de aquéllos.

La cantidad constitutiva de la herencia puede dejarla el padre por vía de legado, donación ó institución, de manera que ha de seña-

lar *algo* de la herencia á los hijos, y si lo dejado no alcanza á cubrir la cuarta parte, queda á éstos derecho á pedir el suplemento, hasta que se les complete lo que por la ley les corresponde (ley 2.^a, tít. 6.^o, vol. 1.^o, Const.) Esta acción, llamada supletoria ó AD SUPPLEMENTUM puede ejercitarse dentro del término de treinta años, que, para toda clase de prescripciones, señala el Usatge OMNES CAUSÆ, SIVE BONE, SIVE MALA.

El que, durante la vida de su padre, recibe alguna cosa en pago de la legítima y renuncia á ulterior pretensión, nada más puede pedir, á no ser que hubiese mediado dolo ó presión en la renuncia (leyes 10 y 23 Dig. DE INOF. TEST.) De manera que el Derecho catalán permite esa renuncia á ulterior reclamación de legítima; y si se hace solemnemente con juramento, comprendiendo el beneficio de la menor edad y demás que compitieren al renunciante, no puede éste entablar la demanda de entrega de los bienes que hubiese renunciado, si previamente no obtiene de la autoridad eclesiástica la absolución del juramento con arreglo á lo prescrito en las leyes canónicas, vigentes, como derecho supletorio, en Cataluña (Sent. de 19 de Junio de 1869). Los nietos pueden pedir, por derecho propio (EX PERSONA PROPIA), el suplemento de legítima de sus abuelos cuando éstos sobreviven á sus padres, pero no cuando los abuelos mueren antes que sus hijos y éstos recibieren la legítima (Sentencia de 28 de Octubre de 1880). La acción de suplemento de legítima (esto se entiende en el caso en que los hijos no se hubiesen dado por satisfechos con lo que sus padres les hubiesen entregado por razón de ella—Sent. de 12 de Junio de 1863), se cuenta, no desde la celebración del contrato, sino desde el fallecimiento del padre con quien se convino (Sent. de 15 de Junio de 1873). Se funda esto en que, según las leyes 8.^a Dig. DE INOF. TEST. y 29 Cód. íd., para el cómputo de la legítima se atiende al capital del causante cuando ocurra su muerte, incluyendo las donaciones que en vida hubiera hecho, aunque sea á los mismos hijos y por causa de matrimonio, comprendiéndose también las dotes, después de deducidas las deudas y gastos de entierro y de apartar los bienes vinculados; de manera que háyase pedido ó no liquidación, la legítima debe graduarse por el valor de los bienes al ocurrir la muerte del causante, siendo de cuenta de los herederos el aumento ó disminución que aquéllos posteriormente tengan (Sents. de 15 de Junio de 1869 y 11 de Junio de 1873). Por el S. C. Orfiano, la madre debe legítima á su hijo natural y al espúreo, no adulterino ni sacrílego,

Los póstumos tienen derecho á legítima, al igual que los nacidos (Inst. § 5.º DE EXHERED.) Por la emancipación ó adopción no pierden los hijos su derecho á ella; estos últimos respecto de su padre natural. El adoptante no viene obligado á dejar cosa alguna al adoptado, á no ser que la adopción haya sido de un hijo de familia, que tiene derecho á legítima mientras esté bajo la patria potestad del adoptante; así lo prescriben la Instituta y la ley 9.ª Código DE ADOPT., añadiendo esta última, que en el caso de adopción de un impúber, padre de familia, el padre natural se halla libre de la obligación de dejar la legítima, obligación que tiene si el adoptado sale de la potestad del adoptante por emancipación.

A falta de descendientes legítimos, los ascendientes tienen derecho á la legítima, constituída también por una cuarta parte de la herencia; de manera que el testador solo puede disponer de tres cuartas, lo mismo que si dejara descendientes: (ley 2.ª, tít. V, lib. 6.º, vol. 1.º Const. de Cat. y Sents. de 9 de Noviembre de 1863 y 29 de Septiembre de 1880).

Procede revocar las donaciones que los padres hubieren hecho á sus hijos, en cuanto excedan de las tres cuartas partes de la herencia y sin que pueda descontarse á los demás hijos la parte de legítima que corresponda á alguno que haya sido desheredado (leyes 16 y 7.ª Cód. DE INOF. DONAT. y 17 Dig. DE INOF. TEST.)

A los legitimarios justamente desheredados se aplica el axioma jurídico derivado de la ley 8.ª Dig. DE INOF. TESTAM: EXHEREDATUS NUMMERUM FACIT AD AUGENDAM, ET PARTEM FACIT AD MINUENDAM LEGITIMAM.

Desde el día de la muerte del padre acreditan los legitimarios los frutos de la porción legítima que no les haya sido satisfecha (Novela CXVIII).

Los nietos, que tienen derecho á la legítima por la muerte de su padre, deben imputar á la misma lo que éste hubiese recibido del abuelo (ley 1.ª, tít. V, lib. 6.º, vol. 1.º, Const. de Cat.)

No puede afectarse la legítima con gravámenes de restitución, de servidumbre, ni de otra clase cualquiera, ni hacerla depender de ninguna condición, ni limitarla por ningún término, pues tales gravámenes ó modalidades se tienen por no escritos, salvo la excepción establecida en el caso previsto en la ley 12 Cód. DE INOF. TESTAM.

Hablando de pactos sobre la legítima, dice Durán y Bas que puede renunciarse, aunque sea de mayor cantidad de la que consista su pago, ya se haga éste en vida del causante, ya después de su

muerte, cuyo pacto es válido si se hace por persona que puede contratar y obligarse en vida del padre y se confirma con juramento; pero si la renuncia se hace á favor del heredero, no necesita confirmación para que tenga validez; añade que, en el primer caso, el mayor ó menor valor de la renuncia depende del que tenga el patrimonio de donde se ha de detraer la legítima al fallecimiento de la persona que la adeuda, y que en todos los casos se consideran rescindibles las renunciaciones si hubo lesión en las mismas que, según el Derecho canónico, se equipara al dolo, previa la relajación del juramento por la autoridad eclesiástica, si se hubiese prestado.

Para la liquidación de la legítima no procedía el juicio de testamentaria y sí el ordinario, donde se reclamaba ó se pedía el suplemento. Habida cuenta á que la legítima es, PARS HEREDITATIS y no PARS BONORUM, el heredero puede promover ese juicio universal, aún cuando lo prohiba el testador, y esta ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con la cual no está conforme el Sr. Durán y Bas, que, por lo visto, considera al heredero como mero acreedor, exigido esto para mantener la unidad del sistema, que no autoriza, en su sentir, la promoción del juicio voluntario de testamentaria. Conforme al Derecho romano, el legitimario tiene la *CONDITIO EX LEGE* para reclamar la legítima, y si ésta le ha sido dejada en testamento, le compete la acción personal *ex-testamento*; además le asiste la *EXPLETORIA* ó *AD SUPPLEMENTUM* de que hemos hablado. Las querellas de *INOFFICIOSE DONATIONES* y la de *INOFFICIOSIS DOTIS*, prescriben á los cinco años contados desde el día del fallecimiento de la persona que adeuda la legítima.

Ya hemos dicho que es rescindible la renuncia al suplemento de legítima, si medió dolo ó lesión, y que la acción rescisoria dura treinta años desde el día del fallecimiento del causante; y debemos añadir que si la renuncia se hizo á favor del *heréu* y hubo en el contrato lesión ó dolo, ese plazo de treinta años se cuenta desde la fecha en que se hizo aquélla.

Réstanos decir que, si bien debe imputarse en la legítima todo cuanto á título lucrativo ó por acto entre vivos ó de cualquier otra manera haya recibido el legitimario, provenga de donación *mortis causa*, *propter nuptias*, etc., no entran en ella los gastos hechos para los estudios del hijo, á menos que claramente resulte haber sido otra la intención del padre.

ARAGÓN

Conforme al Fuero 2.º DE EXHEDATIONE FILIORUM, los padres debían dividir por iguales partes la herencia entre sus hijos; esto nos recuerda la propiedad familiar germánica y las aprisiones de Cataluña de que nos hemos ocupado. Pero hubo necesidad de que se conservara el brillo y esplendor de las familias, lo mismo que en Cataluña, para que no se dividieran y desmembraran los patrimonios, los antiguos castillos, y merced á esta causa política, las Cortes de Aragón, bajo el reinado de Jaime II, decretaron en 1307, el Fuero 1.º DE TESTAMENTIS NOBILIUM MILITUM ET INFANCIONUM donde se dice que los padres pueden en su testamento instituir por heredero al hijo que tengan por conveniente, dejando á los demás lo que les plazca.

Fué esto un privilegio alcanzado por la nobleza, deseosa de que sus casas se conservasen en buen estado, y como puede mucho el espíritu de imitación, el elemento popular quiso también participar de tal beneficio y, por esto, obedeciendo á la misma causa, en 1311; los procuradores pidieron en las Cortes de Daroca que se hiciese extensiva á todo el Reino de Aragón aquella facultad concedida á los nobles de designar heredero en testamento á los hijos legítimos que quisiesen, dejando á los demás lo que tuvieran por conveniente, solicitud que fué acogida y entraña el Fuero único DE TESTAMENTIS CIVIUM, extensivo á todos los habitantes de aquel reino, excepto á los de Teruel y Albarraçín, que, á la sazón, tenían fueros propios; pero, al presente, dicho fuero es el que generalmente allí rige.

No determina la cantidad que ha de importar la legítima; ésta es la que le plazca al que la debe, pero la costumbre ha venido á suplir este vacío, fijando la de diez sueldos jaqueses, cinco en consideración á los bienes sitios y cinco por razón de los muebles, cuota sumamente irrisoria, pues equivale á dos pesetas cincuenta céntimos, y por cierto que esto pugna con el espíritu y letra de los citados fueros.

De manera, que el padre no puede instituir heredero á uno que no sea su hijo, y se ha dudado acerca de si, bajo la palabra hijo, se comprenden los nietos ú otros descendientes del testador: la contestación, según el «Manual del abogado aragonés», es negativa, pues al texto del Fuero, por constituir un privilegio, debe dársele inter-

pretación restrictiva, salvo que esos nietos representen á su padre difunto, porque se colocan en su lugar, en cuyo caso tienen la consideración de hijos, en lo que al derecho de legítima se refiere, pudiendo ser instituídos herederos, como lo sería su padre si viviese, pero esto último es no teniendo hijos el testador, como puede, en tal caso, instituir al hijo ilegítimo, natural ó espúreo, siempre que no lo haga en consideración al padre, según opina Sessé.

En nuestro sentir, pues, el padre, no teniendo hijos, puede disponer de su herencia como tenga por conveniente; aún teniéndolos, le es facultado dejar el tercio, que es de libre disposición, como antes podía respecto del quinto, en opinión de Blas y otros fueristas, porque, callando esto los fueros, era aplicable, como supletorio, el Derecho tradicional de Castilla, como lo es ahora el Código civil; de donde resulta que la legítima en Aragón, esto es, la porción de bienes de que el testador no puede disponer libremente fuera de sus hijos, es de dos tercios, y como allí no existe el régimen de mejoras, cumple el padre dejando lo que le plazca (*QUANTUM EIS PLACUERIT*) al hijo ó hijos; pero todo lo demás, hasta los dos tercios, ha de recaer en hijos, nunca en extraños, ni en otros descendientes ni ascendientes del testador.

En Sent. de 7 de Mayo de 1903 se declara que la legítima en Aragón es de dos terceras partes de la herencia con arreglo al Código, en vez de los cuatro quintos. El padre, dentro de esos dos tercios, puede dejar á cualquiera de los hijos lo que quiera, pero los otros han de tener la legítima foral indicada.

El hijo apartado de la herencia no puede promover el juicio de testamentaría, porque se le equipara al desheredado de Castilla (Sent. 30 Junio de 1905).

Discútese acerca de si esos hijos á quienes se les ha dejado esa limosna de los sueldos por todo derecho de legítima, pueden pedir el suplemento de ésta; Franco López dice que ésta ha sido la jurisprudencia de la Audiencia de Zaragoza; Blas también así lo entiende, y fúndase en que ese suplemento equivale á los alimentos de los hijos, que el padre viene obligado á prestar según el Fuero 1.º DE ALIMENTIS, y á la dote de la hija, que, con arreglo á la posición del padre y circunstancias de aquella, viene este último obligado á verificar, según se desprende de los Fueros 1.º DE EXHEREATIONE FILIORUM y de 1266, *concordias en censales*.

No vemos que la obligación de alimentar á los hijos y la de dotar á las hijas tenga estrecha relación con el suplemento de legítima,

Esta no cabe, según declaró el Tribunal Supremo en Sent. de 17 de Junio de 1864, doctrina repetida por la de 10 Diciembre de 1879, que apoya Gutiérrez.

Por Sents. de 15 de Diciembre de 1858, 11 de Marzo de 1864 y las antes citadas se ha considerado como eficaz y valedera la legítima de los diez sueldos. No es que, precisamente ha de ser ésta; en realidad, según el espíritu y letra del Fuero, consiste en lo que el padre quiera dejar; claro está que este derecho también lo tiene la madre; el suplemento, no obstante ser muy equitativo, no tiene apoyo en el Derecho aragonés, y la prueba de esto la tenemos en que, para fundarlo, hay necesidad de acudir á dichos citados fueros, cuyas disposiciones no tienen relación directa con la legítima, habiéndose declarado en Res. de 10 de Agosto de 1902, que esta última queda constituida por todos los bienes del padre, pudiendo éste dejar entre los hijos á unos más y á otros menos, sin que pueda gravarla ó reducirla.

Con esto último hay quien no está conforme y sostiene que el padre puede reducir la legítima todo lo que le plazca, esto es, disminuirla de los diez sueldos, porque esta cantidad no la fija el Fuero, según el que, el padre puede dejar lo que quiera, siempre algo; pero este algo no puede ser objeto de gravamen, y no nos cabe la menor duda de que esa legítima sirve para evitar la preterición. Por ésta parece que el padre no tiene por hijos á los que omite en su testamento, lo cual constituye una ofensa que no pudieron autorizar los autores del Fuero 1.º DE TESTAMENTIS NOBILIIUM, etc., reproducido en el DE TESTAMENTIS CIVIUM. Por Sent. de 30 de Noviembre de 1900 se dice que la legítima es de diez sueldos.

Los ascendientes carecen de legítima; solo heredan á sus descendientes en los bienes que les hubiesen dado, cuando fallecen sin descendencia legítima. Si el testador, sin descendientes legítimos, dispusiere tan solo de una parte de sus bienes, se cumplirá, respecto de ellos, lo que hubiese ordenado y recaerán los restantes en sus herederos abintestato (Ob. 5.ª DE TESTAMENTIS). Como se ve, en Aragón son compatibles las sucesiones testada é intestada.

Dadas las facultades que los padres tienen para nombrar heredero á cualquiera de sus hijos, pueden señalar á los demás la legítima para percibir parte al fallecimiento del mismo y parte al cumplimiento de determinadas condiciones, recibiendo entre tanto del heredero los intereses asegurados con hipoteca; entendiéndolo así la Sala sentenciadora, no infringe dichos Fueros, ni la Ob. 1.ª DE REBUS

VICULATIS, ni el axioma del Derecho aragonés STANDUM EST CHARTÆ. Habiendo disfrutado de la herencia con dicha carga el heredero universal, igualmente corresponde á su viuda el usufructo de aquella, según los Fueros y Observancia DE JURE DOTIUM y el DE ALIMENTIS, viniendo obligada á destinar los bienes necesarios para el pago de la legítima á sus cuñados, cuando proceda el abono de la misma (Sent. de 12 de Octubre de 1901).

Habiendo un solo hijo y no siendo desheredado, se le debe legítima, no pudiendo apartársele de la herencia para instituir á un nieto hijo de ese hijo, pues el nieto, solo representando á otro hijo, podría ser instituído con exclusión de aquél (Sent. de 7 de Mayo de 1903).

NAVARRA

Hay en este territorio mayor libertad de testar que en Aragón. Por el Derecho antiguo, constituído por el cap. II, tít. XIX, lib. 3.º, del Fuero y ley 8.ª, tít. 1.º, lib. 5.º de la Recopilación, no podía darse en heredamiento y para siempre á una criatura más que á otra. Los villanos ó labradores estaban facultados para disponer en favor de cualquiera de sus hijos de los bienes muebles ó semovientes, dando mayor cantidad á unos que á otros; pero en los bienes inmuebles había de guardarse absoluta libertad entre todos ellos, á no ser que lo dejado fuese temporalmente ó solo en usufructo vitalicio; esta igualdad, que nos recuerda la copropiedad familiar, sistema germánico en el que se inspiraron las legislaciones forales, limitó el principio de libertad de testar que, por costumbre, existió en Navarra y á la cual apelaron sus nobles, como luego diremos.

Los caballeros hijos-dalgo y ricos-homes consiguieron en las Cortes de Pamplona, celebradas en 1668, que en todas y cualesquiera disposiciones que hicieren los padres de sus bienes y hacienda, que no fuesen de condición de labradores, se observase y guardase inviolablemente, como era por costumbre, habida la libertad absoluta que, por ésta, tenían de disponer libremente, como quisieren, dejando á sus hijos la legítima de los cinco sueldos y una robada de tierra en los montes comunes. Este derecho de testar libremente fué extendido á los labradores por la ley 16, tít. 12, lib. 3.º de la Novísima Recopilación de Navarra, quedando reducida la legítima á cinco sueldos carlines por razón de bienes muebles y

sendas robadas de tierra en los montes comunes, por razón de inmuebles, que es la hoy existente.

El padre ó madre que pasen á segundas ó posteriores nupcias pueden distribuir su herencia entre los hijos del primer matrimonio, dejándoles la legítima foral, y están facultados para disponer de todo el remanente en favor de quienes quieran, lo mismo que si no hubiesen casado nuevamente. Ni el padre ni la madre pueden dejar á los hijos del segundo ó ulterior matrimonio, como tampoco á la viuda ó viudo, cantidad que supere á la menor dejada á cualquiera de los hijos del primer consorcio; éstos, de consiguiente, no pueden ser de peor condición que aquéllos (Véase la ley 48 de las Cortes de 1765 y 1766).

El padre ó la madre, al celebrar segundas nupcias, conservan la facultad de disponer de la herencia entre los hijos del primer matrimonio, pudiendo instituir por heredero á cualquiera de ellos, dejando á los demás hermanos de doble vínculo y á los habidos en sucesivos matrimonios esa irrisoria legítima, pero no pueden renunciar á favor de su nuevo consorte lo que adquieran, ni dejarle, como tampoco á los hijos del segundo ó ulteriores matrimonios, mayor suma que la dejada á cualquiera de los hijos habidos en los anteriores.

Pregúntase si el padre, por tener hijos de varios matrimonios, puede dejar la herencia á un extraño, con solo apartar para aquellos la legítima; contestamos afirmativamente, pues dicha ley 48 de las Cortes de 1765 no modificó la libertad de testar, casi absoluta, establecida, sin distinción de clases sociales, por la Novísima Recopilación. Aquélla se dió, como claramente expresan sus motivos, para que, por inducción, sugestión ó violencia, ejercidas sobre el cónyuge bínubo por su nuevo consorte ó por los hijos de ulteriores matrimonios, ó por otras causas, no fuesen los hijos del primero de peor condición que los otros. El Legislador, para ocurrir á todo medio insidioso y reprobable, estableció esa igualdad entre los hijos, pero no prohibió al testador que dejase á los del primer matrimonio su herencia, á todos ó cada uno de ellos, respetando esa irrisoria legítima á que tienen derecho todos los demás, á modo de mención honorífica como la llama Alonso Martínez. Y cuenta que el principio familiar limita algo en Navarra la libertad de testar, y aún cuando constituye una traba habiendo hijos de dos matrimonios, para que los del segundo no puedan adquirir más porción que la de los del primero, cabe—y esta es la protesta que hacen los escritores navarros, aper-

cibidos de que ese padre puede eludir la prohibición del Fuero—que pueda dejar sus bienes á los extraños, como personas intermedias, y de éstos al postrer consorte y á los vástagos de ulteriores nupcias.

Afortunadamente, como dice el ilustre autor antes citado, en su obra «El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales», apenas si en las cuatro merindades de Navarra, donde existe el régimen foral, se autoriza un testamento en el curso de cada año. Allí se constituye ordinariamente la familia y se resuelve el destino de cada uno de sus miembros por la donación propter nupcias, á cuyos favores queda anulada la libertad de testar, en contra del principio clásico *VOLUNTAS HOMINIS AMBULATORIA USQUE AD MORTEM*. Por esa donación intervivos, el verdadero jefe de la familia es el hijo donatario que recibe los bienes del padre con las cargas inherentes á la paternidad, tales como la decorosa subsistencia de los autores de sus días, la constitución de las dotes de sus hermanas y los alimentos y la colocación de sus hermanos, todo lo cual da un carácter patriarcal á la familia navarra, perfumada por la reverencia y por el amor. Y es claro que, en estas condiciones, no se hace uso de la libertad de testar; al principio *QUIA PATER FECIT TESTAMENTUM*, proclamado por los romanos, porque lo ordinario era que hubiere postrimera voluntad, contesta Navarra, como dice Morales, con el principio opuesto, *QUIA PATER NON FECIT TESTAMENTUM*, y el mismo Alonso Martínez, que funda la legítima en la necesidad de conservar la familia, dice que no es funesta, para la causa de esta última, la absoluta libertad de testar en Navarra, lo cual se debe, no á la previsión de la ley, sino á la sencillez, pureza y austeridad de las costumbres del país. Con razón hemos dicho que el sistema sucesorio, y como cardinal en éste el régimen de legítimas, es en gran parte circunstancial: las costumbres, el derecho vulgar, como lo llama Costa, el carácter de los habitantes, su modo de ser, y, sobre todo, las tradiciones, influyen poderosamente en todo ello, y ante la elocuencia de los hechos se rinden las disertaciones doctrinales en esta clase de problemas.

En cuanto á los hijos naturales ó de barragana, si el padre infanzón tiene otros bienes además de los ofrecidos en arras á su mujer legítima, ha de dejarles cuando menos una vecindad, que se compone de casa cubierta con tres vigas de diez codos, con casal viejo de gran extensión, tierra de sembrado de dos robos de trigo y otra tierra de cahíz de trigo; si hubiese viñas en el pueblo, una arranzada ó un huerto donde puedan criarse trece plantas de col y

una era. Si ese padre infanzón no tiene otros bienes que los de las arras le está prohibido instituir herederos en ellos á los hijos de barragana sin consentimiento de sus hijos legítimos y de su mujer; obtenido éste, heredarán todos los hijos naturales una vecindad cuando menos. Así lo prescribe el cap. I, tít. 20, lib. III del Fuero, que no creemos aplicable por haber desaparecido las distinciones de clases.

Los hijos adulterinos no tienen derecho á la legítima, pero, según el Fuero, el padre puede dejarles alimentos. Los póstumos legítimos tienen iguales derechos que los demás hijos y se les considera nacidos para todos los efectos; pero los póstumos ó naturales no pueden heredar más que lo que el padre expresamente les deje.

VIZCAYA

Su régimen de legítimas, bastante complicado, tiene parecido con el de Aragón y se diferencia notablemente del de Navarra. Por este último el padre puede dejar la herencia á los extraños, teniendo los hijos solamente derecho á la irrisoria legítima. No ocurre así en Vizcaya; según la ley 11, tít. 20 del Fuero, el padre tiene libertad para disponer de los bienes entre sus hijos legítimos, no fuera de ellos, dándolos á uno ó á varios, pero apartando para los otros un tanto de tierra, poca ó mucha; de manera que constituye una libertad de testar relativa. A falta de descendientes legítimos, los padres pueden disponer de la herencia, de igual modo, entre los hijos naturales, dando á unos más que á otros: el que menos, ha de tener un tanto de tierra, poca ó mucha; si tuviese hijos legítimos no podrá dejar á los naturales más que el quinto de sus bienes (ley 11, tít. 20).

No se da el derecho de representación en la sucesión descendente; los más próximos parientes, por ejemplo, los hijos, excluyen á los más remotos, los nietos.

A falta de descendientes legítimos, suceden, como herederos forzosos, los ascendientes también legítimos, pero el testador puede disponer del quinto de sus bienes muebles en favor de extraños, del cual deben pagarse las deudas, y también puede dejar el quinto de lo raiz en favor de su alma. Los cuatro quintos tienen que pasar á sus herederos forzosos, sean descendientes ó ascendientes, pudiendo nombrar sucesor á todos ó á uno solo, apartando para los otros dicha legítima irrisoria.

Tampoco cabe entre los ascendientes el derecho de representación; el más próximo en grado excluye al más remoto, y se hereda por cabezas; pero los ascendientes suceden, en respeto al principio de troncalidad, solo en los bienes inmuebles procedentes de la línea á que aquéllos correspondan, y respecto de los muebles, suceden los ascendientes en la mitad cada línea; claro está que, como quiera que con aquéllos no reza la troncalidad, esta sucesión por mitad es no habiendo testamento, esto es, muriendo el causante *abintestato*; si testa, puede dejarlos todos á un ascendiente, señalando á los otros la legítima foral.

Los hijos naturales, en defecto de legítimos, pueden ser nombrados herederos, como hemos dicho, con preferencia á los ascendientes y profincuos tronqueros; estos parientes colaterales heredan á falta de descendientes y ascendientes; los más próximos excluyen á los más remotos (tampoco hay entre ellos derecho de representación), pero se ha de atender al tronco de donde procedan los bienes, lo que ha venido llamándose «del tronco al tronco y de la raiz á la raiz», para que los parientes por línea paterna hereden los que procedan de la misma, y los de la línea materna hereden los que de ésta se deriven. Para que cada línea adquiriera los bienes de su tronco, no importa que los de una sean más próximos que los de la otra, porque la reversión, solo autorizada respecto de los raíces, produce el efecto de que los parientes de cada línea excluyen á los de la otra, cualquiera que sea el grado en que se encuentren.

Los parientes tronqueros son hasta el cuarto grado, dentro de los cuales puede elegir libremente el testador al que le ha de suceder en la propiedad de los raíces, porque cabe la libertad de testar dentro y no fuera del círculo de la reversión, que no es *nominati*, sino de grupo de las personas comprendidas en la línea de donde los bienes procedan.

Como se ve, la legislación de Vizcaya es compleja: allí son herederos forzosos los descendientes legítimos, los ascendientes legítimos y los profincuos tronqueros dentro del cuarto grado; entre aquellos descendientes y ascendientes, faltando los primeros de éstos, están los hijos naturales á quienes el padre puede instituir, excluyendo á los ascendientes, como hemos dicho.

MALLORCA

Deseando la conservación de las casas principales, disponen las Ordinaciones que la legítima de los hijos es la cuarta parte de la herencia dividida entre ellos por partes iguales; que puede el *heréu*, como en Cataluña, pagar al legitimario en metálico ó en cosas de la herencia; que si los legitimarios están en casa ó en compañía del *heréu* ó en la del padre ó madre difuntos, deben ser alimentados de la herencia paterna ó materna, sin derecho á intereses por razón de su legítima, no reclamables al *heréu*; pero si aquéllos no quieren habitar con éste, debe abonarles el 5 por 100, si consiste en toda la heredad, á menos que consista toda ó casi toda en censales que den mayor pensión, pues en tal caso el interés será la pensión del censal

Dice el Sr. Sánchez Román que, en materia de sucesiones, rige en Baleares el Derecho romano, y al efecto cita la Sent. de 21 de Marzo de 1883, y añade que, según Gutiérrez, el Derecho romano no es el antiguo, sino el justiniano, según el cual, la legítima no es una parte alícuota de la herencia en relación con el número de hijos que tengan derecho á ella (Novela XVIII).

Nos separamos de este autorizado sentir, porque hoy el Derecho romano no es supletorio en Baleares, como hemos dicho en la página 51 del tomo I; la legislación de este territorio es la propiamente foral y la consuetudinaria, sin que tenga por derecho supletorio ni el catalán, ni el romano, ante lo prescrito en el art. 13 del Código civil, en cuanto no se oponga á aquellas fuentes, y puesto que forman parte del régimen jurídico balear las Ordinaciones, á éstas debe acudirse si se hallan vigentes y, en otro caso, á dicho Código, porque tiene, más que suplencia, penetración directa, lo mismo que en Aragón.

Los nietos que, por muerte de sus padres, entren en la sucesión del abuelo, han de tomar en cuenta lo que aquéllos hubiesen recibido del causante para que no sean de mejor condición que sus tíos. La legítima de los ascendientes es la cuarta parte de la herencia del descendiente.

Ningún hijo á quien su padre, en contemplación de matrimonio ó por haber abrazado estado clerical ó que en testamento hubiese donado ó asignado porción mayor de cinco sueldos, y ninguna hija á quien su padre le hubiere dejado alguna cosa en su última disposi-

ción ó le hubiese constituido dote en consideración al matrimonio carnal ó espiritual, pueden demandar suplemento de legítima, ni nada al *heréu* ni al donatario universal del padre, ni bajo pretexto de lesión enormísima, debiéndose contentar con lo que éste hubiere querido donarles en la última ó en otra disposición; así lo prescribe una de las Ordinaciones.

Código civil

Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley á determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos (art. 806). Constituye, pues, una coherencia. Esos herederos forzosos son: 1.º Los hijos y descendientes legítimos, respecto de sus padres y ascendientes legítimos (entre los primeros se comprenden los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, dado lo dispuesto en el art. 122, hayan sido ó no reconocidos antes de casar sus padres, pero siempre ha de existir el reconocimiento, ora voluntario, ora por sentencia). 2.º Los padres y ascendientes legítimos á falta de aquéllos, respecto de sus hijos y descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio. 3.º El viudo ó viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos y el padre ó madre de éstos en la forma y medida que el Código señala (art. 807). Los hijos legitimados por concesión real se equiparan á los naturales reconocidos. En la familia rigurosamente ilegítima, ni los padres, ni los hijos son entre sí herederos forzosos.

Constituyen la legítima de los hijos y de los descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre; nosotros hubiéramos dicho «del ascendiente» y se habría escrito con mayor precisión el art. 808. El Código ha reducido la legítima, pues cuatro quintos, como era por el Derecho anterior, importan más que dos tercios. De éstos pueden disponer aquéllos de una parte de los dos, esto es, de un tercio para aplicarlo como mejora á un hijo ó descendiente legítimo; en este caso tendremos que la legítima corta ó diminuta es un tercio, la mejora otro tercio ó lo que de éste se quiera disponer, pues no es preciso que se cubra, y el tercio restante es de libre disposición.

Resultado de esta distribución es que si el causante, por ejemplo, deja tres hijos y á uno de ellos lo mejora y le deja el tercio libre, tendrá éste de las nueve partes siete, y quedarán para cada uno de

los otros dos hijos, verdaderamente legitimarios, una novena parte; cantidad bastante irrisoria que se aproxima á la legítima catalana, pues, según ésta, de cuatro partes, el *heréu* percibe tres y quedan para éste y demás hermanos legitimarios una cuarta. Por donde resulta que, clamando contra el régimen catalán, el Código ha venido acercándose á él.

Si el hijo es incapaz ó indigno de heredar, adquieren su derecho á legítima sus descendientes, lo mismo que si fuese desheredado; no siendo incapaz, ó no estando desheredado, él y no sus descendientes es quien hereda, porque el pariente más próximo excluye al más remoto; y si el hijo premuere al testador, el hijo ó descendiente legítimo del mismo hereda al abuelo, también por derecho de representación. La legítima se divide entre los hijos por partes iguales; en caso de muerte, incapacidad ó desheredación de un hijo, representan á éste sus hijos, tomando entre todos la porción de legítima que hubiera correspondido á su padre y dividiéndola entre ellos con igualdad; representación que llega hasta el infinito, por ser línea descendente.

Constituye la legítima de los padres ó ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes. De la otra mitad podrán éstos disponer libremente, salvo la legítima del cónyuge viudo.

El Código, en su art. 809, ha reducido la legítima de los ascendientes; antes era de dos tercios; ahora es de la mitad.

Esta legítima se divide en dos partes iguales; si uno de los padres hubiese muerto, recaerá toda en el sobreviviente. No dejando el testador padre ni madre, pero sí ascendientes, viene la sucesión lineal. Si esos ascendientes están en igual grado de las líneas paterna y materna, se divide la herencia por mitad entre ambas líneas. Si los ascendientes fueren de grado diferente, corresponderá por entero á los más próximos de una ó de otra línea (art. 810).

Concurriendo padre y madre, la legítima correspondiente á cada uno de éstos es una cuarta parte de la herencia ó sea la mitad de ésta para los dos; si sobrevive uno de aquéllos, adquiere toda la legítima, es decir, la mitad; si los ascendientes son, por ejemplo, abuelos, se hace la división por líneas y con igualdad dentro de cada línea paterna ó materna; si al descendiente fallecido sobreviven su abuelo paterno y su abuelo y abuela maternos, aquel tomará una cuarta parte para sí, y los otros dos una cuarta parte para ambos; si sobreviven abuelos de la línea materna y bisabuelos de la línea

paterna, aquéllos en virtud de su proximidad de grado con el descendiente, excluyen á los otros que están más lejanos. En la línea ascendente no se concede nunca el derecho de representación; al ascendiente que renuncia, es incapaz ó ha sido desheredado se le considera como si no existiese, pasando su parte, por derecho propio, á los demás del mismo grado, si los hay, ó llamándose, en otro caso, á los de grado más inmediato.

El art. 811 condiciona el derecho hereditario del ascendiente, de lo cual nos ocuparemos al tratar de las reservas.

Examen del artículo 812

Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos á sus hijos ó descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación á ellos y en el precio si se hubieren vendido ó en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó ó cambió: art. 812 que, con precedentes en la ley 6.^a tít. 2.^o, lib. 4.^o del Fuero Juzgo, entraña una reversión legal ó tácita, distinta á la expresa que, en forma de condición resolutoria, puede establecerse en la donación.

El artículo citado que, por su naturaleza, es de interpretación restrictiva, por cuanto limita el derecho del causante, exige estas tres condiciones: 1.^a La existencia de una donación hecha por un ascendiente á uno de sus descendientes; de modo que ha de ser donación intervivos, no mortis causa; que no sea onerosa ni remuneratoria, ésto último salvo en la parte que exceda del valor del gravamen impuesto; en suma, que la donación constituya una verdadera liberalidad con efectos en vida del donante. 2.^a El hecho de premorir el donatario sin posteridad, esto es, sin descendencia, y, á este respecto, opina Manresa que esos descendientes han de ser legítimos, sin que la palabra posteridad comprenda á los hijos naturales. Parecerá demasiado dura esta interpretación, porque los hijos naturales son herederos forzosos. A esto se objeta que, el ascendiente, al donar, quiere solo beneficiar á sus descendientes legítimos y que el art. 812, al igual que el 811, tienden á amparar el patrimonio de la familia legítima. Si fuera esto—se dirá—no cabría reversión en las donaciones hechas por el padre á su hijo natural; el

caso es dudoso, lo reconocemos; y para apoyar aún más la opinión de dicho comentarista, podría decirse que cuando la ley habla de hijos y descendientes, se entiende que son los legítimos, constituyendo esto la regla de cuya excepción es la descendencia natural y, de consiguiente, no expresándola la ley en sus preceptos, no puede acojerse á sus beneficios, y 3.^a Que existan en la sucesión los mismos objetos donados ó los que los sustituyeron por permuta ó cambio, en los casos en que la ley admite esa sustitución; de manera que si el donatario vende la cosa, y aún cuando en la herencia exista dinero, no cabe la reversión de éste, porque la reversión se refiere á las mismas cosas donadas, muebles ó inmuebles, fungibles ó no fungibles, en el estado en que se hallen; pero si el donatario no ha cobrado el precio, adquiere el ascendiente las acciones para reclamarlo. Si el donatario recobra la finca vendida, también cabe la reversión ¿y si el precio obtenido con la venta de la cosa donada se hubiese empleado comprando otra el donatario? Entendemos que no revierte la nueva cosa, mueble ó inmueble, porque la reversión, por sustitución, solo cabe cuando esta última se haya hecho en permuta ó cambio, dados los términos literales del precepto, de interpretación estricta. Si la donación consistió en dinero y existe en la herencia, aunque no en diferentes clases de monedas, creemos que cabe la reversión, pues bajo la palabra cosa, en sentido general, se comprende el metálico, y no hay razón para que puedan devolverse al donante líquidos, áridos y acaso un mueble insignificante, apenas sin valor de afección, y no una cuantiosa cantidad de dinero que él donara y que exista en la herencia, aunque en piezas diferentes; por esto, es opinión admitida en Francia, en cuyo Código (art. 547) se emplean las palabras *cosas* y *objetos*, que la reversión, en el caso dicho, comprende el metálico; y si bien el art. 812 del nuestro emplea, en su última parte, la palabra bienes, este sustantivo, excluyente del metálico, se refiere al caso de comprender en la reversión los que sean objeto de permuta ó cambio, lo cual es distinto de lo anterior.

El donatario puede disponer de los bienes por actos intervivos, incluso por donación, y como, al morir, no existen éstos en su herencia, es legalmente imposible que puedan reversionar á los ascendientes de aquél; lo que no puede hacer ese descendiente es disponer por testamento de tales bienes, y aún cuando muera abintestato, también pasan al donante, constituyendo esto á modo de una sucesión de aquellos para que vuelvan á las personas de donde procedieron, claro está que previo pago de deudas del causante, porque

no hay herencia mientras no estén satisfechas, y no es cosa de que con la reversión queden perjudicados los acreedores. Si las cosas donadas producen frutos, éstos pertenecen al ascendiente, puesto que aquéllas han de volver á él en el estado en que se hallen, y si fué desheredado con justa causa ó es incapaz de heredar, creemos que no tiene derecho á esa reversión, porque queda excluído de la herencia, y en ésta se comprenden las cosas, acciones y derechos objeto de la reversión, sin que los descendientes de ese donante indigno ó incapaz ocupen el lugar de éste, pues el art. 812 concede solo un derecho personalísimo á aquél.

Si el ascendiente donante es heredero forzoso del descendiente no se le pueden computar en la legítima los bienes objeto de reversión, puesto que la ley los destina á él exclusivamente, sin que tenga por qué colacionarlos, pues no es tal donatario, sino donante, y, de consiguiente, no se le puede menoscabar su legítima, sacada de otras cosas de la herencia.

En el caso de que el donatario hubiese hecho permuta estimatoria, consistente en que la cosa recibida del donante valiese menos que la que obtuvo en el cambio, el exceso del precio corresponde, como cosa comprada, á los herederos de los descendientes de aquél, pues si no fuera así resultarían perjudicados; no decimos lo mismo de las mejoras y deterioros del objeto donado: las hace suyas ó carga con ellos el donante al adquirirlo por reversión, puesto que vuelve á él en el estado en que se halle.

Si las cosas donadas no estuviesen en la herencia, el ascendiente, colocado en el lugar del descendiente, puede ejercitar las acciones que á éste le competirían si viviese.

Inmunidad de la legítima

Dispone el art. 813 que el testador no podrá privar á los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley, y que no podrá imponer sobre ella gravamen ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo. Este precepto es secuela del art. 836. Si el testador no puede disponer de la porción reservada á los herederos forzosos, no ha de serle lícito gravarla, condicionarla ni hacerla objeto de sustitución; pero esto se entiende respecto de la legítima estricta de los hijos y la de los ascendientes, constituida por la mitad y la

de los hijos naturales, pues respecto al tercio de mejora cabe que el testador pueda gravarlo, siempre que sea en favor de los legitimarios ó de sus descendientes.

La facultad que tienen los testadores de nombrar persona para que practique la partición no altera ni modifica el derecho que á los herederos legítimos les conceden los arts. 1.037 y 1.038 para promover el juicio voluntario de testamentaria; de modo que aquél no les puede privar del empleo de ese medio procesal, y, de consiguiente, no tiene eficacia la prohibición de que intervenga la autoridad judicial en las operaciones particionales (Sent. de 14 de Mayo de 1895). El fallo que niega la apertura de un nuevo juicio universal de testamentaria, en el caso de que se hubiese presentado ya la partición hecha por el partidor testamentario con asentimiento de todos los interesados en la herencia para su examen y aprobación, no infringe el art. 813, ni los 1.036, 1.037, 1.038 y 1.046 de la ley procesal (sentencia de 3 de Febrero de 1898). La condición impuesta á un hijo natural por su padre en su testamento, de que no pueda disponer de los bienes que le deja hasta cumplir los 25 años, es válida solamente respecto de las dos terceras partes de aquéllos y no en cuanto al tercio, que constituye la legítima del mismo (Res. de 28 de Abril de 1898).

No puede prevalecer la disposición testamentaria por la que se autoriza á los albaceas para tener en su poder los bienes de la herencia hasta que, otorgada la correspondiente escritura de partición, se adjudique á cada heredero lo que le corresponda, relevando á aquéllos de rendir cuenta á éstos, porque con ella se atenta á los derechos legítimos de los herederos forzosos, quienes pueden promover el juicio voluntario de testamentaria y pedir esa rendición, así como salvar y garantizar sus derechos, debiendo entenderse limitado el art. 1.096 de la ley procesal por el 1.046 de la misma (Sent. de 8 de Julio de 1905).

La Res. de 7 de Abril de 1906 aplica el art. 813, á cuyo favor deben reducirse, á petición de los herederos, las disposiciones testamentarias en cuanto mengüen la legítima de los herederos forzosos, en lo que fueren inoficiosas ó ilegítimas.

El heredero forzoso á quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma: art. 815 aplicado en Sent. de 16 de Enero de 1895, en pleito en que la madre pidió la nulidad de un testamento que había otorgado, en favor de sus hermanos, el padre natural de

una niña que después había reconocido, á la cual le legó una casa y una renta vitalicia, declarando el Supremo que ésta solo podía aspirar á la tercera parte de la herencia, supliendo su legítima, y como quedaba cubierta con la manda, no podía invalidarse la institución.

Si el heredero forzoso tiene recibida su legítima íntegra ó mas no puede pedir el suplemento. Para interpretar el art. 815 hay que inspirarse en la voluntad del testador de ampliar ó limitar los derechos de los herederos forzosos, doctrina establecida en Sent. de 21 de Febrero de 1900). La acción expletoria ó AD SUPPLEMENTUM tiene carácter real, en opinión de la mayoría de los intérpretes que ven en la legítima una coherencia.

Si por título de mejora se ha dejado al heredero preterido una porción menor de su legítima, puede pedir el complemento de ésta. Si recibe completa la legítima, nada puede reclamar, porque tiene lo suyo; pero si fué mejorado en vida del testador, lo donado se imputa primero en su mejora y el exceso, si lo hubiere, en la legítima.

Las disposiciones testamentarias que menguen la legítima de los herederos forzosos se reducirán á petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas ó excesivas. Para llevar á efecto esta reducción, establecida por el art. 817, se han de aplicar las reglas de los 822 y 656, haciéndose las operaciones necesarias impuestas por los 818, y 819, éstos en relación con los 814, 815 y 817, aplicados en Sent. de 16 de Enero de 1895.

Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren á la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento; de manera que constituye el activo el valor de los bienes al ocurrir el óbito del causante; forman el pasivo las deudas del mismo y las cargas, sin comprender las que él haya impuesto en el testamento; la diferencia es el valor líquido, al cual hay que agregar el importe de todas las donaciones colacionables en el tiempo en que se hicieron.

Para conocer el activo no es preciso que se haga el justiprecio por medio de peritos, á menos de que se trate de operaciones en que se hallen interesados menores, ausentes ó incapacitados, ó que se realicen en virtud de juicio de testamentaria; de manera que, salvo estas excepciones, pueden los interesados, de común acuerdo, señalar el verdadero valor de los bienes, calculando cual sea el de la nuda propiedad, atendida la probable duración del usufructo.

Tanto las deudas vencidas como por vencer á que estuviese obligado el testador, representativas del pasivo, deben ser baja del

caudal, porque la herencia supone la previa detracción de aquéllas, así como también son baja las cargas, tales como hipotecas, servidumbres, memorias pías, censos, etc., que se deducen de aquello sobre lo cual gravan, para que resulte bien fijado el valor de los bienes, sin que se rebajen los gastos de entierro, funeral, etc., por ser posteriores á la muerte del causante, ni los legados y mejoras, pues la operación á que nos venimos refiriendo se dirige á la fijación de la legítima, para que no resulte ésta lastimada.

Según la letra del art. 818, solo cabe agregar al líquido las donaciones colacionables, por dote ó por otro título lucrativo, por todo su valor, no las hechas á los extraños, ó las no colacionables, pues éstas se rigen por otras reglas cuando son inoficiosas; pero en contra de esto está la Sent. de 4 de Mayo de 1899, según la que, los herederos forzosos tienen derecho á que se cuente la donación á extraños como parte de la herencia imputable á la porción de libre disposición para reducirla á esta si fuere inoficiosa, doctrina reproducida por la de 16 de Junio de 1902. La ley 29 de Toro prescribió que en las dotes, para considerarlas inoficiosas, se debía atender al valor de los bienes en el momento de su constitución ó en el tiempo de la muerte del testador, según escogiese la persona á la cual fueron prometidas ó dadas, y que respecto á las demás donaciones se atendiese al valor de los bienes á la muerte del donador. El Código ha borrado toda diferencia, prescribiendo que el valor de las donaciones colacionables es el que tenían al tiempo en que fueron hechas, no el que se fijara—así lo entendemos—sino el real de entonces, para que no haya fraude.

La colación y reducción de las donaciones solo se verifica en interés y provecho de los legitimarios y no de los acreedores del testador, y siempre á base de que haya herederos forzosos para que no resulten perjudicados en sus legítimas.

Las donaciones hechas á los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, no se imputan en la parte de libre disposición, como se dispone tratándose de las hechas á extraños, sino en su legítima, porque es de presumir que aquellos han tomado algo ó todo de la parte que la ley les reserva, y porque, en otro caso, se limitaría la facultad del testador. Las donaciones hechas á extraños se imputarán á la parte libre ó sea al tercio si hay descendientes ó á la mitad si ascendientes, puesto que el testador pudo disponer de ella en su última voluntad. En cuanto fueren inoficiosas las primeras ó excedieren de la cuota disponible las segundas, se reducirán del siguiente modo:

Fijada la legítima, se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse ésta, reduciendo ó anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento; así lo prescribe el art. 820; pero no hay razón para excluir de esa reducción ó anulación las donaciones por causa de muerte, que equivalen á los legados, pero no nos cabe la menor duda de que debe hacerse la reducción y anulación de éstos antes que las de aquéllas, porque si el causante invirtió la tercera parte en tales liberalidades, no le quedaba margen para hacer mandas, y como éstas son más recientes y producen sus efectos á la muerte del testador (esto último tiene más fuerza que lo primero), es lógico que se coloquen en el sacrificio delante de las donaciones irrevocables por su naturaleza; esto no ocurre con los legados, dependientes sus efectos de la voluntad ambulatoria del testador.

La reducción de las mandas se hará á prorrata. Ante el respeto á la legítima, los legados se despojan de toda preferencia que entre sí puedan tener; de modo que el núm. 2.º del art. 820 excluye al 887. No lastimada la legítima, cabe la aplicación del art. 887, pagándose de la porción libre los legados; en primer término los remuneratorios; después los de cosa cierta y determinada, sucesivamente los declarados preferentes por el testador, los de alimentos y educación y los demás á prorrata.

Si el testador hubiese dispuesto que se pague cierto legado con preferencia á otros, no sufrirá reducción, sino después de aplicarse éstos por entero al pago de la legítima. Si la manda consiste en usufructo ó renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior á la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria ó entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador: así lo prescribe el núm. 3.º del art. 820, que, dando á los herederos forzosos, no á los voluntarios, ese derecho facultativo ó de elección, hace compatible su legítima con los intereses de los legatarios, dentro de la porción disponible.

Cuando el legado, sujeto á reducción, consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor; esto no impide, en nuestro sentir, que el heredero y el legatario se pongan de acuerdo para adjudicarse entre sí la finca en porciones intelectuales ó indivisas. Si la reducción absorbe más de la mitad del valor de la finca, ésta es para los herederos forzosos. Tanto en un caso como en otro deberán abonarse su respectivo haber en dinero; claro está que si no quieren

quedarse con ella, deberá venderse en subasta judicial ó extrajudicial, repartiéndose entre ellos el precio, como interesados en la cosa.

La ley no prevé el caso de que la reducción del legado absorba precisamente la mitad de su valor; pero como en favor del legatario concurre la circunstancia de que la voluntad del testador fué que tuviese aquélla y por esto se la dejó, le consideramos con derecho preferente al heredero.

El legatario que tenga derecho á legítima podrá tener toda la finca, con tal que su valor no supere al importe de la porción disponible y de su cuota legitimaria, de manera que se han de seguir las reglas establecidas en el art. 820; si ese legatario fuese á la vez mejorado, si el tercio de mejora no ha sido absorbido, creemos que puede retener la finca para el pago de su legado, mejora y cuota de legítima estricta, y si á pesar de todo esto, el valor de aquélla supera á todo lo que acredita por estos tres títulos, se hará lo ordenado en dicho art. 820, escrito para que no se perjudique á los legitimarios.

Legítima de la familia natural

Pasando á estudiar la legítima de la familia natural, lo cual constituye, en gran parte, una novedad de nuestra ley y arguye la idea sugestiva de la humanización del Derecho, pese á los espíritus estrechos y reaccionarios, damos con el art. 840, prescriptivo de que cuando el testador deje hijos ó descendientes legítimos, é hijos naturales legalmente reconocidos, tendrá cada uno de éstos derecho á la mitad de la cuota que corresponda á cada uno de aquéllos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral. Los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponda á los naturales en dinero ó en otros bienes de la herencia á justa regulación.

Lo primero que se descubre al estudiar ese precepto es que la ley no emplea la palabra legítima de los hijos naturales. Estos, según se dice en la sección 8.^a, tít. 3.^o, lib. 3.^o, tienen derechos, y si á esto nos atuviéramos, impondríase la conclusión de que son únicamente acreedores cuando concurren con descendientes legítimos, pues éstos pueden satisfacerles la cuota con dinero propio ó en otros bienes de la herencia. No obstante esta observación, es

indiscutible que el hijo natural tiene legítima, aunque puede pagarse de esa manera.

Donde se ve más pronunciado ese derecho es en el caso de que el hijo natural concorra con ascendientes legítimos ó con herederos voluntarios; en el primer caso adquiere la mitad de la parte de herencia de libre disposición, que es la cuarta parte, y en el segundo, tiene derecho al tercio de la herencia, sin que la ley permita ni á los ascendientes ni á los herederos voluntarios el que paguen con dinero el haber correspondiente al hijo natural.

El Código no emplea la palabra legítima, ni la de cuota en los artículos 841 y 842, pero si por aquélla se entiende, como dice el 806, la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley á determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos, es innegable que, teniendo derecho los hijos naturales á la cuarta parte de la herencia si el testador deja ascendientes legítimos, ó á la tercera si instituye herederos voluntarios, han porción legítima, sacada del caudal relicto, pagadas las deudas.

Concurriendo á la sucesión un hijo legítimo y otro natural, el testador no tiene margen alguno de disponibilidad, pero sí en el caso de que los hijos legítimos sean varios, pudiendo presentarse este teorema: En la herencia de los padres, la cuota que corresponde á los hijos naturales está en razón inversa con la cuantía de la parte de libre disposición, siendo el número de hijos la razón de las variaciones en la proporción establecida por la ley.

Con efecto; supongamos que la herencia importa 90.000 pesetas; la legítima, constituída por los dos tercios, asciende á 60.000; no existe mejora porque no hay más que un hijo legítimo y carece de descendientes; la cuota del hijo natural es la mitad de aquellas 60.000, ó sean 30.000, igual al tercio de libre disposición, y como está cubierto con la cuota, el testador no puede hacer mandas. Si el hijo legítimo tiene descendientes de la misma clase, su abuelo los puede mejorar en el tercio, ó sea en 30.000 pesetas, en cuyo caso la legítima estricta de aquél es de 30.000, y como el hijo natural tiene por cuota la mitad de lo que le corresponda al legítimo, ó sean 15.000, de otra cantidad igual á ésta podrá libremente disponer su padre; y si tiene dos hijos legítimos y mejora á uno de éstos, la legítima estricta que corresponde al no mejorado son 7.500 pesetas, y como el natural tiene la mitad de esta porción que asciende á 3.750 pesetas y el tercio libre importa 15.000 pesetas, de las cuales se ha de sacar esta última cantidad, es visto que le quedan al testador

para poder disponer libremente, 7.750, margen que aumenta á medida que sea mayor el número de hijos legítimos, hasta el punto que puede ser insignificante la cuota del hijo natural, y, en cambio, apenas si disminuye el tercio libre, gozando el testador de una gran facultad dispositiva; de modo que le conviene tener muchos hijos legítimos.

Claro que el Código es más humano que la ley 10 de Toro, prescriptiva de que, concurriendo descendientes legítimos, los hijos naturales solo tenían el derecho á alimentos, y que la 9 de aquéllas, que facultaba á la madre con hijos legítimos, para que pudiese dejar al natural el quinto, pero esto era en el caso de que así lo dispusiese en testamento: solamente no dejando descendientes legítimos es cuando el hijo natural heredaba ex-testamento, y es de suponer que, como sustituían á los legítimos, su porción era de cuatro quintos.

Los derechos reconocidos á los hijos naturales en los arts. 840, 841 y 842 se transmiten por su muerte á sus descendientes; pero han de ser legítimos; luego la herencia del hijo natural es una excepción. Concurriendo los descendientes legítimos del padre natural á la herencia del abuelo, suceden por representación; no heredan *IN CAPITA*, sino *IN STIRPES*, derecho que también tiene si ese hijo natural hubiese sido desheredado ó fuere indigno de heredar, pues aunque el art. 843 no habla expresamente de esto, hay que relacionarlo con los 761, 857 y 929. No ocurre lo propio si el hijo natural repudia la herencia, pues en este caso sus descendientes no pueden representarle en la sucesión del abuelo.

El Código habla de hijos naturales reconocidos. Este reconocimiento ¿es preciso que se haya hecho antes de la muerte del padre, para que aquéllos tengan derecho á heredar? Creemos que si por sentencia se les declara ser tales hijos naturales, tienen la porción que el Código les señala, pues ellos no son culpables de que haya faltado el reconocimiento voluntario. Los legitimados por concesión real tienen derecho á la misma porción hereditaria que los naturales reconocidos.

El derecho de sucesión que la ley da á los hijos naturales pertenece, por reciprocidad, en los mismos casos, al padre ó madre naturales: art. 846, que, por su vaguedad, entraña algunas dudas respecto á la cuota que corresponda á aquellas personas. Muerto el hijo natural con descendientes legítimos, nada pueden heredar sus padres, y así lo autoriza la interpretación del art. 807; la línea recta descendente excluye á la ascendente. Si el hijo natural deja hijos

naturales, éstos le heredan en concurrencia con el cónyuge ó con los descendientes los ascendientes legítimos del mismo, en su caso; pero los abuelos, padres del hijo natural, no heredan al nieto natural, pues el derecho de los ascendientes termina en el padre ó madre naturales.

Las donaciones que el hijo natural haya recibido en vida de su padre ó madre se imputarán en la legítima. Si excedieren del tercio de libre disposición se reducirán en la forma prevenida en los artículos 817 y siguientes; así lo prescribe el 847 que emplea categóricamente las palabras «legítima á que tiene derecho el hijo natural,» aún cuando concorra con hijos legítimos.

Los hijos ilegítimos que no tengan la cualidad de naturales solo tendrán derecho á los alimentos. La obligación del que haya de prestarlos se transmite á sus herederos, y subsistirá hasta que los hijos lleguen á la mayor edad, y en el caso de estar incapacitados, mientras dure la incapacidad.

Dice Alonso Martínez que la legítima tiene, por su naturaleza, carácter de perpetuidad, mientras que la obligación de alimentar es un gravamen ó carga temporal, constituyendo un acto de mera humanidad, obligación transmisible á los herederos del testador, á base siempre de que conste la filiación ilegítima, en virtud de documento indubitado del padre ó de la madre ó de sentencia firme.

Y puesto que se trata de la obligación de alimentar, no es exigible si los hijos ilegítimos tienen bienes propios y disfrutan de recursos para su subsistencia, ó si el padre ó la madre les dejan mandas con cuyas rentas puedan atender á sus necesidades. El padre ó la madre son las personas obligadas, en primer término, á alimentar á sus hijos; si muerto uno de éstos queda el otro y tiene medios, él debe alimentar y no los herederos del difunto. Y como pudiera ocurrir que á la muerte del padre ó madre no necesitase el hijo alimentos y si después, por cualquier circunstancia, creemos que podrá exigirlos del heredero, mientras sea menor de edad ó incapacitado.

El art. 845 no concede derecho real alguno al hijo ilegítimo para asegurar sus alimentos en bienes de la herencia, como lo otorga el 834 al cónyuge viudo para asegurar su cuota, quien puede obtener la anotación preventiva, conforme al núm. 6.º, art. 42 de la ley Hipotecaria; pero no hay duda de que la ley impone esa garantía para que no quede ilusorio el derecho de dichos hijos, si los herederos dejaran de satisfacer los alimentos, pero no puede perjudicar á tercero si no resulta del Registro, derecho ese preferente sobre los de

los legatarios y demás adquirentes á título gratuito y voluntario. La obligación de alimentar se transmite á los herederos del causante, y no porque fallezcan antes que los herederos ilegítimos se ha de privar á éstos de su derecho, que lo tienen mientras sean menores de edad ó se hallen incapaces; de manera que no es una obligación personalísima; alcanza á los sucedáneos por título mortis causa del obligado, pues el espíritu de la ley es evitar que el hijo quede desamparado y sin auxilios á la muerte de sus padres, mientras los necesite; que á tanto obliga el principio moderno de la humanización del Derecho.

De la preterición y de la desheredación

No puede considerarse como contenido del testamento la preterición, porque es precisamente lo contrario; de suerte que, en puridad, no debiéramos tratarla en este capítulo, se sale de sus moldes; pero habremos de hacerlo incidentalmente por la relación que mantiene con el derecho de legítima.

Consiste la preterición en omitir al heredero forzoso en testamento, ya no nombrándole heredero si no se les deshereda expresamente ó no asignándole parte alguna en los bienes, de manera que nada reciba.

Si él omitido es heredero forzoso—y de este carácter participan el hijo y el padre natural—con derecho á la herencia, hay preterición, comprendida en el art. 814, prescriptivo de que la preterición de alguno de los herederos forzosos en línea recta (lo mismo puede ser descendente que ascendente) anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.

Y véase la diferencia que existe entre el Código y las legislaciones forales: En Aragón, la preterición anula el testamento del padre (Fuero DE TESTAMENTIS NOBILIUM y DE TESTAMENTIS CIVIUM). Los nietos preteridos pueden anular el testamento de sus abuelos en el caso haber premuerto á éstos el padre de los mismos (Fuero DE TESTAMENTIS CIVIUM). En Barcelona y pueblos del principado que gozan de sus privilegios, aquélla no anula el testamento; al preterido, ya sea descendiente, nacido ó póstumo, le queda el derecho sobre la legítima, debiendo el heredero entregar al reclamante lo que le corresponda, á menos que la preterición hubiese sido justa. (Const. ley única, tít. 1.º, lib. 6.º, vol. 2.º)

En los pueblos que no gozan de dicho privilegio, la preterición de los descendientes anula el testamento, esto es, lo hace irrito, lo mismo que si se menciona al hijo por derecho de legado ó de otra manera y no por el de institución (ley 2.^a, tít. 2.^o, lib. 6.^o, vol. 1.^o) Si posteriormente al otorgamiento del testamento hubiese adquirido derecho á porción legítima otro descendiente, su preterición solo lo anulará en el caso de sobrevivir al testador (ley 3.^a Dig. DE LIT. ET POST. PREST.)

Anulada la institución de heredero por la preterición de los descendientes, quedan subsistentes los legados y demás disposiciones del testamento, lo mismo que si el descendiente ha nacido ó adquirido su derecho con posterioridad á la fecha del testamento (leyes antes expresadas y Novela CXV). La preterición de los nietos, descendientes inmediatos, por premorir su padre al testador, no es idéntica á la de los hijos y no anula la institución, según Corbella, el cual se funda en la Pragmática de 1343, dada para Barcelona y extendida á toda Cataluña por la ley de 1547, que, si bien no alcanza á los hijos, comprende, en su sentir, á los nietos, sin distinción entre preteridos y no preteridos.

En Navarra no cabe pedir la nulidad de la institución (ley 20 Rec. Al.) por la preterición del hijo legítimo en el testamento del padre, quien tiene derecho á pedir una parte igual á la correspondiente á los demás hijos; derecho de que también goza el hijo natural respecto de los de su clase.

Como quiera que en Vizcaya y Baleares no hay disposición alguna de su derecho propio que trate de la preterición, creemos aplicable lo dispuesto en el Código civil.

Este, en dicho art. 814, añade que la preterición del viudo ó viuda no anula la institución; pero el preterido conservará sus derechos, y termina diciendo que si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto, lo cual es muy lógico porque no llegaron á adquirir derecho en la herencia.

La distinción entre los efectos de la preterición del cónyuge y la de los demás legitimarios obedece á que aquél adquiere solo en usufructo su cuota, es un derecho temporal; no así ocurre con la legítima de los descendientes y ascendientes, tanto legítimos como naturales; su preterición altera esencialmente la institución de heredero y, aún anulada por tal causa, son válidos los legados (así también lo prescribe la Novela CXV de Justiniano) y surte sus efectos la mejora, no produciendo aquélla otro resultado que abrir la sucesión

intestada, siendo de consignar que, según opina Manresa, si el heredero forzoso ó preterido hubiere recibido del testador por cualquier título lucrativo una porción igual ó mayor que la que le corresponde por su legítima, no produce efecto su preterición: doctrina que resulta de la relación entre los arts. 814, 815, 817 y 819.

Si los herederos instituidos reconocen el derecho de los preteridos, huelga que ejerciten la acción de nulidad de la institución; pero en tal caso debe obtenerse la declaración de herederos de todos, no parcialmente de los instituidos; pero como es un derecho renunciabile, valdrá la institución, por no tener ya objeto la declaración judicial.

Si el preterido es un hijo legítimo y al premorir al testador dejó descendientes, éstos adquieren su derecho á la legítima, y al ser omitidos en el testamento, queda nula la institución, pues el testador debió, en ese caso, otorgar nueva voluntad; de modo—y este es el criterio para resolver las cuestiones—que la preterición debe apreciarse con respecto á las personas que resulten ser herederos forzosos al tiempo de morir el testador, nunca con relación á los que no llegaron á serlo, en la inteligencia que la presunción de muerte equivale al fallecimiento real de la persona con derecho á ser heredero forzoso para que en su lugar se coloquen, por representación, sus hijos y descendientes, y que no puede tener los efectos de persona, para que por su nacimiento pueda pedirse la nulidad de la institución motivada por preterición, la que no reúne las condiciones exigidas en el art. 30.

De la desheredación

Son causas comunes de extinción del derecho de legítimas, la incapacidad ó indignidad del heredero forzoso, la renuncia del mismo, salvo el derecho de sus acreedores para aceptar por él la herencia, y la desheredación ó exheredación. Nos hemos ocupado de la primera, trataremos en su lugar de la segunda, y vamos á examinar la última.

No se comprende desheredación sin heredero forzoso. Al igual que la mejora, tiene por tronco la legítima; por aquélla el padre favorece al hijo; por ésta le castiga, y realmente constituye una pena civil, si por pena se entiende, en su expresión genérica, lo que decían los romanos: *MALUM PASSIONIS PROPTER MALUM ACTIONIS*.

Exige el orden familiar respeto y consideraciones; que sus individuos cumplan los deberes que la ley les impone, y que estén unidos por vínculos de amor, no por el odio, evitando ejemplos poco edificantes.

Cuando con la conducta de las personas que integran la familia en su círculo de ascendientes, descendientes y cónyuge, se cometen faltas, surge la privación de derechos, unas veces por causas de incapacidad, que son comunes á la sucesión testada y á la intestada, y otras de desheredación, exclusivas de la última de éstas.

Con estos elementos de juicio podemos definir la desheredación diciendo que es el acto por el cual el testador, haciendo por sí justicia al agravio que ha recibido, priva de su legítima á un heredero forzoso, á virtud de justa y taxativa causa, sin que esta privación alcance á los herederos del desheredado.

Haciendo la exégesis de esta definición, es de consignar que la desheredación constituye un acto, porque exige su expresión expresa y nunca tácita ni presuntiva; no así ocurre con la indignidad: por ésta, el heredero no tiene derecho á la legítima, pues quien se la priva es la ley.

Además, exige justa causa. En los primeros tiempos de Roma, cuando al ciudadano se le armaba de la omnímota libertad de testar, cuando el pretor, por la influencia de la equidad, no había introducido aún la querrela de inoficioso testamento, apoyada en la ficción de no hallarse el testador en su cabal juicio; en suma, cuando las supremas protecciones del Poder público no habían introducido la legítima para cortar los abusos de aquella absoluta facultad del causante, desconocióse el instituto jurídico sancitivo, civil, llamado desheredación; pero, introducida la querrela, reconocido el derecho sucesorio de los herederos suyos y necesarios, para lanzarlos de la herencia debían mediar justas causas, que en cada caso especial apreciaba el Juez, pues no estaban señaladas en la ley, lo cual duró hasta que Justiniano, cegando el arbitrio judicial, del cual emanaran abusos, hubo de establecerlas en la Novela 115, señalando catorce con relación á los descendientes y ocho respecto de los ascendientes.

Además, el testador debe expresar la causa; no basta que diga que deshereda; y ciertamente que, al exponer la falta, puede él mismo quedar afeado en público. Por esto, los Códigos de Napoleón, Italia y Bélgica, aunque en minoría, no obligan al testador á la publicación del agravio, previsión esta que nos satisface, como indica-

mos en el proemio de esta obra, donde defendimos la teoría de que debe confiarse al consejo de familia el conocimiento de estas delicadas cuestiones.

La desheredación no alcanza á los descendientes del desheredado, quienes ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto á la legítima: así lo prescribe en su primera parte el art. 857 del Código civil, que se ha apartado de lo dispuesto en la ley 9, tít. 6.º, Part. 6.ª y del Derecho romano, y como éste es aplicable en Cataluña y Navarra, son de citar el § 1.º Inst. DE EXHERED. y leyes 13 y 111 Dig. DE LIB. ET POS., de que la desheredación debe ser de toda la herencia, pura y de todos los grados.

El Código es más humano que las Partidas y que el Derecho romano; por éstos, la pena de desheredación llegaba á los descendientes del desheredado, á modo de pecado de origen, en tanto que, por aquél, consecuente con el principio jurídico moderno de la individualización del castigo, secuela del de la individualización de la falta, limita los efectos de la desheredación á la persona excluída expresamente de la herencia. Esos hijos del desheredado solo tendrán derecho á la legítima; no lo tienen otras personas. La ley concede un derecho de representación, que solo cabe en la línea descendente, tratándose de este caso, y no en la ascendente.

Para que no quede burlado el precepto, añade éste que el padre desheredado no tendrá el usufructo ni la administración de los bienes de la legítima; de manera que habrá que nombrarles un administrador.

Son causas de desheredación:

CATALUÑA

Respecto de los descendientes: 1.º El haber el hijo maltratado á su padre, madre, abuelo ó abuela (Novela 115, cap. 3.º, Usat. único, tít. 3.º, lib. 6.º, Const. de Cat.) 2.º El haberles gravemente injuriado. 3.º El haberles acusado en causas criminales, á menos que sea sobre delito de alta traición. 4.º El haber atentado contra la vida del padre (Novela 115, cap. 3.º). 5.º El haber cometido adulterio con la madrastra (Usatge citado). 6.º El haber rehusado salir fiador, siendo varón, por su padre encarcelado (Novela citada). 7.º El haber impedido á los padres el hacer testamento (íd. íd.) 8.º El no haberles asistido cuidadosamente siendo locos (íd. íd.) 9.º El no haberles redimi-

do hallándose cautivos ó prisioneros. 10 El no ser católico el hijo, ni estar en comunión con su iglesia, ó ser traidor (Novela y usatge citados). 11 El haber contraído matrimonio clandestino ó vivir las hijas torpemente (leyes 2.^a y 3.^a, tít. 1.^o Const. de Cat. y Novela CXV, cap. 3.^o).

Los ascendientes pueden ser desheredados por sus descendientes en estos casos: 1.^o Si hubiesen acusado á sus hijos ó descendientes en causas criminales, á menos que sea sobre delito de alta traición. 2.^o Si hubiesen puesto asechanzas contra las vidas de éstos. 3.^o Si hubiesen cometido adulterio con su nuera. 4.^o Si impidiesen á sus hijos el hacer testamento, en el caso de que tengan facultad para testar. 5.^o Si hubiesen envenenado á su esposo ó esposa. 6.^o Si hubiesen abandonado el cuidado de sus hijos locos y 7.^o Si por su descuido hubiesen muerto los hijos en cautiverio (Novela 115, cap. 4.^o).

Son justas causas para desheredar á los hermanos: 1.^o El haber éstos atentado contra la vida del testador. 2.^o El haberle acusado criminalmente, y 3.^o El haber intentado perjudicar sus bienes (Novela 22, cap. 47).

Es de citar la Sent. de 9 de Enero de 1897, de que la Novela CXV no solo se refiere á las desheredaciones, sí que también á las pretericiones, la cual aplica rectamente la Sala sentenciadora que anula la institución de heredero cuando la desheredación ha sido injusta. Los hijos injustamente desheredados pueden pedir por la querrela de inoficioso testamento la parte de legítima que les corresponde, según dispone la ley 8.^a Dig. DE INOF., no aplicable al caso en que la hija desheredada dejó de ejercitar tal acción, que dura cinco años, versando el pleito sobre la cuantía de la legítima de los no desheredados. Sent. de 29 de Abril de 1886, en la cual se dice que en la cuarta parte de los bienes que constituye la legítima según la ley 2.^a, tít. V, lib. VI, vol. I de las Constituciones, no deben entrar los justamente desheredados, que son muertos para este efecto, á tenor de la ley 1.^a del Digesto DE CONIUNGENTES CUM EMANCIPATIO y 17 DE INOF. TEST.

NAVARRA

Son causas de desheredación de los hijos (ley 17 Rec. Al.): Los malos tratamientos que de ellos hubiesen recibido sus padres causándoles heridas, arrastrándolos por los cabellos ó prendiéndolos, inju-

rias graves proferidas delante de hombres buenos, llamándoles traidor, ruín, mujer de mala vida, imputarles algún crimen, y puede desheredarse á las hijas, además, por contraer matrimonio clandestino. Como en Navarra los ascendientes no son herederos forzosos, mal se les puede desheredar.

Puede hacerse la desheredación en los bienes conquistados, pero no en los de abolorio ni en los de patrimonio (lib. 2.º, tít. 4.º, cap. 3.º del Fuero), pero dice Morales que como quiera que no existe heredamiento forzoso en Navarra, ya que las legítimas son puramente formularias, carece de importancia toda la materia de desheredación; este sentir parece en contradicción con dos sentencias del Tribunal Supremo: una de 28 de Junio de 1864 de que, según el Fuero, el testador debe expresar la justa causa para privar á los hijos de la legítima foral, y otra de 26 de Noviembre de 1896, de que puede desheredarse en codicilo otorgado con las mismas solemnidades del testamento, limitándose la herencia libre de que puede disponer el testador y sin alterar la institución de heredero la legítima foral.

ARAGÓN

Los padres pueden desheredar á sus hijos: 1.º Por malos tratamientos recibidos de estos, tales como desmentirles públicamente ó arrastrarlos de los cabellos. 2.º Haberles hecho jurar y 3.º Hacerles perder sus bienes (Fuero 2.º DE EXHEREDATIONE). Los padres pueden *desafiliar* á un hijo cuando éste tuviese comercio carnal con su madrastra (Fuero 3.º *íd.*)

Código civil

La desheredación solo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley (art. 848); de suerte que no puede ser arbitraria, ni falsa; la prueba de la certeza de ésta corresponderá á los herederos del testador si el desheredado la negare (art. 850); de forma que la ley no da valor absoluto al dicho del testador; en tanto vale, en cuanto el excluído lo acata; si, por el contrario, se pronuncia contra ese fallo, incumbe la prueba al que lo afirma; que no puede ser el testador, por haber muerto, y sí el heredero, puesto que se aprovecha de los beneficios de la desheredación. No

se hubiera escrito ese art. 850, y resultaría proscrito, por tabla, el derecho de legítima, porque podría el testador inventarse una causa, inspirada quizás en el odio, ó ser víctima de las sugerencias de sus hijos, que quisieran excluir de la herencia á sus hermanos. Negando el desheredado la causa de desheredación, habla el Juez para resolver la contienda, que no debiera llevarse al papel sellado, si que al consejo de familia, mejor organizado de lo que lo está en el día.

La desheredación solo podrá hacerse en testamento, expresando la causa legal en que se funde (art. 848); no basta expresarla delante de testigos, como prescribió el Fuero Real, porque su gravedad exige un acto solemne. Apareciendo varios testamentos debe verse si, por el último, se respetan los anteriores; en otro caso se consideran revocados y con él la desheredación hecha. Puede ocurrir que en un testamento se haya hecho la desheredación y en otro posterior se exprese la justa causa, ó que, omitido un hijo, se le deshere de más tarde en otro acto de última voluntad, y para resolver las dudas que todo esto genere hay que combinar los testamentos; el criterio para resolverlas no puede ser otro que conste la desheredación de una manera clara, apoyada en causa legal y cuya certeza se pruebe, si es negada. Esto último nos obliga á citar la Sent. de 4 de Noviembre de 1904, de que cuando la desheredación se funda en causa de injurias graves, no es preciso determinar el hecho constitutivo de las mismas ó las palabras en que se haga consistir, ni que, para que produzca efecto, se exija sentencia condenatoria en virtud de querrela contra el ofensor, y que las manifestaciones del perdón hechas por el testador en las mismas cláusulas de desheredación constituyen solo una remisión moral de la ofensa, pero nó la reconciliación de que habla el art. 856, evidenciándose la falta de dicha reconciliación en el caso del recurso, toda vez que el testador, ostentando su sentimiento, imponía al heredero que le infringió el agravio el castigo á que se había hecho acreedor.

La desheredación hecha sin expresión de causa, ó por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, ó que no sea una de las señaladas en los artículos que luego examinaremos, anulará la institución de heredero, en cuanto perjudique al desheredado, pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen á dicha legítima: así lo prescribe el art. 851 con gran acierto, porque si la desheredación se ha introducido para privar de su derecho al legitimario, careciendo de expresión de causa legal, ó faltando la prueba, caso de contradecirla el deshe-

redado, solo puede anular la institución, en cuanto aquél salga perjudicado; y como el testamento es válido, subsisten los legados y las mejoras, en lo que no perjudiquen á la legítima.

En el caso de que el testador deje dos hijos, á uno de los cuales deshereda y no se prueba la causa, la legítima del desheredado es la mitad del tercio, que es á lo que tiene derecho; su hermano hace suyo el tercio de mejora, éste existe en favor del mismo y debe ser respetado, en sentir de Manresa, que seguimos, porque á ese desheredado no se le puede dar más que lo que por legítima estricta le corresponda. Se dirá, de contrario: es que ese padre podía mejorar al hijo que destituía; esto es totalmente absurdo, porque, no instituyendo más que á un hijo, mal podía mejorarle. Este criterio no puede seguirse cuando el instituido era un extraño y el desheredado un hijo único; la legítima de éste serán las dos terceras partes del caudal.

Son justas causas para la desheredación, en sus respectivos casos, las de incapacidad por indignidad de suceder, señaladas en el art. 756 con los núms. 1.º, 3.º, 5.º y 6.º, de las cuales nos hemos ocupado, siendo de consignar que, si eran conocidas del testador, por el mero hecho de no fundarse en ellas para desheredar, demuestra que las perdona, doctrina conforme con la del art. 757; y si las ignoraba, la ley presume que el testador, de haberlas conocido, no habría hecho la institución en favor del indigno. Puede verse lo que acerca de esto, hemos dicho al hablar de la capacidad de los herederos, debiendo añadir que mientras la desheredación la impone el testador, la incapacidad para heredar se halla establecida por la ley.

Además de esas causas que comprenden, respectivamente, á todos los herederos forzosos, están las especiales, y al efecto el artículo 853 determina aquéllas por las cuales se puede desheredar á los hijos y descendientes, tanto legítimos como naturales, no los ilegítimos porque carecen de legítima, y cuenta que el Código no determina la edad que ha de tener el desheredado, como lo hizo la ley de Partidas al disponer que había de tener más de diez años y medio; punto es éste merecedor de estudio. No delinque el menor de nueve años, ni el mayor de nueve y menor de quince si no ha obrado con discernimiento, ni el imbecil, ni el loco fuera de los intervalos de razón, ni el que obra en defensa de su persona etc. ¿Y se les puede desheredar (que es una pena civil, puesto que se les priva de un derecho derivado de la ley) por una acción legítima, ó inconsciente y que muchas veces son los padres los culpables, tratándose de la rea-

lizada por sus hijos, por no haberles educado debidamente? La ley penal es más favorable que la ley civil para con esos desgraciados. Las Partidas aventajan al Código en este respecto: bien es verdad que el criterio judicial debe suplir el vacío de la ley en este punto.

Dichas causas son, respecto de los descendientes:

1.º Haber negado sin motivo legítimo los alimentos al padre ó ascendiente que le deshereda; basta que haya la negativa, reveladora de la ausencia de sentimientos filiales, y, por tanto, creemos no ser necesaria, para fundar esa causa, la reclamación judicial de alimentos, porque puede el padre no querer ejercitar la acción, quizás para que nadie se enteré del mal proceder de su hijo, reservándose hacer justicia en su testamento á tamaño agravio.

2.º Haberle maltratado de obra ó injuriado gravemente, mientras los padres tienen derecho á castigar moderadamente á sus hijos, éstos no deben levantarles la mano, como tampoco injuriarles gravemente; sin que sea precisa la sentencia condenatoria contra el ofensor, como se dice en la citada de 30 de Noviembre de 1904. Las injurias graves aludidas en el precepto son las calificadas en el art. 472 del Código penal.

3.º Haberse entregado la hija ó nieta á la prostitución, porque deshonor á la familia á que pertenece, mayor grado de inmoralidad de la mujer, como dice Goyena.

4.º Haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil, tanto perpetua como temporal, anexa á las penas de cadena con que se castiga lo que el Código penal francés llama crímenes.

Son justas causas especiales para desheredar á los padres y ascendientes, tanto legítimos como naturales, además de las señaladas en el art. 756 con los núms. 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º:

1.º Haber perdido la patria potestad, cuando por sentencia así se declare, en virtud de causa criminal, y también cuando, por fallo firme en pleito de divorcio, se disponga, mientras duren los efectos del mismo. Basta que á los padres se les haya privado de la patria potestad, para que, mientras dure esta situación, el hijo les pueda desheredar; si éstos la recobran, creemos que no pueden desheredarles; este y no otro es el espíritu del Código, que resulta combinando los arts. 854, núm. 3.º, con el núm. 4.º del 855 y el 856. Si se recobra la patria potestad por la muerte del cónyuge inocente, viviendo el hijo, éste no puede desheredar al culpable, pero valdrá la desheredación en otro caso.

2.º Haber negado los alimentos á sus hijos ó descendientes sin motivo legítimo. Esto de «sin motivo legítimo», se funda en lo dispuesto en el art. 152, determinador de las causas por las cuales cesa la obligación de alimentar.

3.º Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro si no hubiere habido entre ellos reconciliación. Mientras el art. 854 exige haberse decretado el divorcio, con la pérdida de la patria potestad, el número 3.º del art. 854 requiere que uno de los padres haya atentado contra la vida del otro, para que su hijo, sintiéndose herido en su corazón, le pueda desheredar, aún cuando el hecho sea una simple tentativa, pues no se trata de causa de indignidad, registrada en el art. 756, núm. 2.º, sino de causa de desheredación. Pero, claro está, que si los padres se reconcilian, el hijo no puede tener en su mano ese medio de desheredación, siendo de presumir que la ofensa ha quedado remitida cuando los cónyuges viven bajo un mismo techo.

Son justas causas especiales para desheredar al cónyuge, pues las generales se hallan comprendidas en los núms. 2.º, 3.º y 6.º del art. 756:

1.ª Las que dan lugar al divorcio, según el art. 105; no es merecedor de legítima el indigno de compartir el tálamo nupcial.

2.ª Las que dan lugar á la pérdida de la patria potestad, conforme al art. 169. De manera que no es preciso que se haya declarado por sentencia la pérdida de la patria potestad, como tampoco que se haya decretado el divorcio, para que quepa la desheredación á virtud de tales causas.

3.ª Haber negado alimentos á los hijos ó al otro cónyuge; basta la negativa; no hay necesidad de que medie juicio, como se ha dicho.

4.ª Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación; de modo que basta el hecho de la tentativa. Si el parricidio se hubiese consumado, esto constituiría causa de indignidad para heredar.

Termina el art. 855 (cuyo contenido no aparece en el Derecho antiguo, porque los cónyuges carecían del derecho de legítima) que, si éstos viven bajo un mismo techo, no caben las causas de desheredación fundadas en el divorcio.

El amor es el padre de las indulgencias, como dice Alfredo Calderón, hermoso y profundo pensamiento, que viene como anillo en el dedo, leyendo el art. 856, dispositivo de que la reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva á éste del derecho de desheredar y deja sin efecto la desheredación hecha.

Con la desheredación, la ley arma el brazo del testador para que castigue el agravio, y cuando ofensor y ofendido se reconcilian, cae ese poder á sus pies y se pasa la esponja sobre el pasado.

De las mejoras

Dos principios, al parecer antagónicos, se combinan en el sistema de mejoras, que es rigurosamente castellano: uno de libertad dispositiva de los bienes por causa de muerte, dentro de los límites señalados por la ley; otro, no de igualdad absoluta y matemática, sino de igualdad relativa, que, como dijo un escritor, consiste en tratar desigualmente á seres desiguales. A los favores de este último principio, no opuesto á la constitución y desarrollo de la familia, la mejora constituye, como dice Navarro Amandi; un premio á la virtud, al cariño, á la sumisión y á los servicios prestados. ó acaso es un lenitivo á la desgracia, una compensación á la desigualdad que á veces existe entre diversos hijos de un padre mismo.

Admitiérase la libertad de testar absoluta, ó la casi libertad de testar, como la existente en Aragón, Navarra y Vizcaya, y no cabría la institución de la mejora; luego ésta es secuela del régimen de legítimas. Del propio modo, si la herencia se dividiese por partes iguales entre los hijos, como dispusieron los fueros municipales y el Fuero Viejo de Castilla, carecería el padre de medios legales para premiar y compensar á alguno ó algunos de aquéllos.

La mejora fué instaurada en el Fuero Juzgo; de ella no se ocupó el Rey Sabio en las Partidas, dada su devoción al Derecho romano que no la registró; pero como había arraigado en las costumbres de los territorios regidos por la legislación civil común, fué regulada por las leyes del Estilo y después por las de Toro, mereciendo acogida en el Código, cuyo art. 823 la limita á uno de los dos tercios de legítima, en favor de alguno ó algunos de los hijos ó descendientes del testador, aunque sus padres vivan, como ha declarado el Tribunal Supremo en Sent. de 19 de Diciembre de 1903.

Nadie mejor que los padres para conocer y premiar á sus hijos y procurarles compensaciones á que obligan las desigualdades establecidas por la naturaleza. De aquí que la facultad de mejorar no pueda encomendarse á otro; es de sí personalísima (art. 830); pero, no obstante—añade el 831—podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales que, muriendo intestado uno de los cónyuges,

pueda el viudo ó viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir á su prudente arbitrio, los bienes del difunto, y mejorar en ellos á los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida del finado.

Esta saliente disposición, no registrada en el Derecho tradicional castellano, antes opuesta al mismo, pues la ley de Toro, considerando personalísima la facultad de mejorar, prohibió su delegación en el comisario, á menos que el poder determinase las personas en quienes había de recaer la mejora y la cuantía de ésta, merece severo examen por la importancia que reviste. Esto obliga á consignar, de antemano, que puede mejorarse por acto entre vivos en forma de contrato; cabe también la promesa de mejorar y de no mejorar con sus efectos, lo cual solo pueden hacer los padres, sin que les sea dado encomendarlo á otro, pues, de permitirse, quedaría barrenado el art. 830.

En capitulaciones matrimoniales, y solo en esta clase de documentos autorizados por Notario, y únicamente, como excepción de esta regla, por los Secretarios de Ayuntamiento y dos testigos (art. 1.324), se han de facultar los cónyuges para que, muriendo intestado uno de ellos, pueda el viudo ó viuda hacer lo que el precepto establece. Esos capítulos han de ser antenuptiales. El pacto no es absoluto, porque será ineficaz si uno de ellos muere con testamento; de manera que constituye una previsión; participa del heredamiento preventivo de Cataluña, no en su forma, si que en su espíritu. Además, el cónyuge facultado para distribuir los bienes del difunto y mejorar en ellos, ha de permanecer viudo, porque, continuando vivo en su memoria el recuerdo de su consorte, sin tener cerca de sí la presión ó la sugestión que pudiera ejercer en su ánimo su nuevo compañero, podrá realizar el encargo sin la menor mácula, atento á conceder el premio y á procurar las compensaciones en que se funda la mejora, solo á favor de los hijos comunes, pues no es cosa de que los bienes del finado vayan á parar, contra su voluntad, á personas extrañas á la familia que dejara. Pero esta facultad, proveniente de las capitulaciones matrimoniales, subordinada á la condición suspensiva de que el cónyuge muera sin otorgar testamento y á la resolutoria de que el viudo ó viuda no haya contraído nuevas nupcias, se entiende dada sin perjuicio de las legítimas, porque arrancan de la ley, y de las mejoras hechas en vida por el finado, porque constituyen, en las diversas formas ó maneras de establecimiento, un derecho preexistente, de suyo invulnerable.

El art. 831 no entraña un pacto sucesorio. Al conceder al viudo ó viuda la facultad de distribuir los bienes y de mejorar en ellos, no concede derecho alguno sobre la herencia futura, y no se cae en la prohibición establecida en el 1.271, pues el supérstite no se adjudica para sí bienes; los distribuye entre los hijos comunes y mejora á quien lo merece ó mejor se porte con él durante su viudez. ¿Y si el matrimonio realizado fué nulo? ¿Y si, al fallecer uno de los cónyuges estuviese éste divorciado? ¿Subsistirá el pacto establecido en los capítulos ante nupciales? El art. 831 no distingue; pero en tanto valen las capitulaciones en cuanto el matrimonio se celebre y sea válido; no siéndolo, ningún efecto debe producir ese pacto. Al opinar de este modo, nos separamos del sentir de Manresa cuyo comentarista cita, en defensa de la subsistencia del pacto, el art. 1.440, prescriptivo de que la separación de bienes no autoriza á los cónyuges para ejercitar en el acto de ella los derechos estipulados bajo el supuesto de la muerte de uno de ellos; pero tampoco les perjudicará para su ejercicio cuando llegue aquel caso, etc.

Ese art. 1.440, que dicho comentarista relaciona con el 1.429, no es aplicable, en nuestro sentir, porque se refiere á la separación de bienes en matrimonio constante; supone la existencia de cónyuges (yugo común) y este yugo no existe, antes se rompe por la nulidad del matrimonio. No así ocurre en el caso de divorcio y en los demás en que procede la separación de bienes; aunque disuelta la sociedad conyugal, el matrimonio subsiste, cosa distinta del caso de nulidad de éste.

Ese artículo se ha escrito para impedir los inconvenientes de la sucesión intestada, y como donde milita la misma razón, debe existir idéntica disposición legal, aunque solo habla de hijos, debe extenderse, en general á los descendientes comunes de los cónyuges. Si el causante no ha testado, separando el haber especial para sus hijos de otro matrimonio, procede para todos la sucesión intestada y, hecho el deslinde de adjudicaciones entre unos hijos y otros de distinto matrimonio, es cuando el viudo ó viuda podrá usar, con relación á los hijos comunes, de la facultad á que el art. 831 se refiere, caso éste no previsto en el Código.

Si es nulo el testamento otorgado por el difunto, también tiene aplicación ese precepto, porque en realidad, existe el abintestato.

El artículo objeto de estudio no solo atribuye facultad de mejorar, sino también de dividir los bienes del causante, sin que autorice al supérstite para distribuir el tercio libre en favor de quienes

no sean hijos comunes; permitiérase esto y saldría por escotillón el testamento por comisario. El viudo ó viuda no puede privar á los hijos comunes de su legítima repartible entre sus hijos con perfecta igualdad, y, respetada ésta, puede adjudicar á unos más que á otros, mejorándolos; y en cuanto al tercio libre, puede aplicarlo á quien de ellos le plazca, y como al que le es dable hacer lo más, está facultado para verificar lo ménos, creemos que el pacto establecido en las capitulaciones matrimoniales es susceptible de menor extensión que la señalada en el art. 831, ó sufrir condicionamento en su ejercicio. Ese pacto puede ser unilateral ó recíproco, y su cumplimiento verificarse en el caso de presunción de muerte declarada de uno de los cónyuges, bien entendido que la facultad del cónyuge supérstite es renunciable, y exige, cuando se ejecute, que los herederos acepten la herencia y no sean indignos de suceder, porque en este último caso la ley los excluye.

Pregúntase si para aplicar el art. 831 deberá obtenerse previamente la declaración de herederos abintestato; nos resolvemos por la afirmativa, porque el título hereditario, ó se deriva del testamento, ó emerge de la ley, y en este último caso, requiérese la declaración de que el causante ha muerto intestado, que es el supuesto legal para poder usar el viudo de la facultad establecida en el artículo 831. También se pregunta dentro de qué plazo debe desempeñar su cometido el cónyuge sobreviviente; el Código no lo determina, y como todo heredero tiene derecho á que se haga la partición, puede compelerse á aquél para que lo verifique, dado su carácter de contador, investido con la facultad de distribuir los bienes, sin que para nosotros tengan aplicación los arts. 904 y 905, en razón á que pugnan con el espíritu de confianza informativo del 831, y de consiguiente, si el conyuge supérstite no es demandado por sus hijos para que use de su derecho, puede hacerlo en todo tiempo; es más, verificarlo en testamento, pues no es preciso que la distribución y la mejora se hagan por acto entre vivos. Ese precepto tiene bastante parecido con el que regula la institución de heredero de confianza en Cataluña, y se ha escrito, sin duda, para robustecer la disciplina familiar, hacer que se mantenga la autoridad del viudo y procurar entre sí la aproximación de la legislación general y la catalana.

Si para dividir los bienes del causante se requiere practicar la liquidación de la sociedad conyugal, deben concurrir á esta operación todos los interesados y nombrárseles defensor judicial, si fuesen menores no representados por sus padres, puesto que el viudo

tiene interés opuesto al de ellos, practicándose el inventario, como dispone el art. 1.057. Hecha la distribución de bienes por el viudo sin necesidad de que concurren sus hijos, pueden éstos pedir la rescisión de operaciones si se les ha perjudicado la legítima, ó en el caso de que no se hayan respetado las mejoras hechas por el causante, así como también reclamar la nulidad, si no se hubiese acomodado á las bases establecidas en las capitulaciones matrimoniales, ó por otro vicio esencial, ó por haber repetido matrimonio, pues por este hecho queda decapitada su facultad. Las acciones de nulidad ó de rescisión deben ejercitarse dentro de los cuatro años siguientes á la fecha de partición, plazo que se cuenta, respecto de los menores, desde que llegan á la mayor edad, siendo aplicables, por analogía, los arts. 1.301 y 1.299 en relación con el 1.291.

No podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios ó de sus descendientes (art. 824). El léxico «legitimarios» es, por su acepción general, impropio del precepto, porque de ese carácter sinónimo del de heredero forzoso, participan todos los que tienen derecho á legítima, tales como los descendientes y los ascendientes, el cónyuge, el padre y el hijo natural. El precepto quiere referirse á los descendientes legítimos del mejorante, puesto que ni los ascendientes legítimos, ni el hijo natural y menos los descendientes de éste pueden ser mejorados. Del tercio de mejora se detrae la cuota usufructuaria del cónyuge viudo, á menos de que concurren hijos de dos ó más matrimonios, en cuyo caso se saca el tercio de libre disposición.

Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple ó por causa onerosa, en favor de hijos ó descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar. Así lo prescribe el artículo 825, que ha modificado la ley 26 de Toro; esta permitía la tácita mejora en tercio y quinto hecha por los padres á sus hijos en contratos entre vivos ó en acto de última voluntad. También ha modificado la ley 25 de Toro, prescriptiva de que la mejoría de tercio y quinto no se sacase de las dotes y donaciones propter nuptias, ni de las otras donaciones que los hijos y descendientes trajesen á colación. Según el Código, pues, no cabe la mejora tácita; solo, por excepción, la autoriza el art. 828, al prescribir que la manda ó legado hecho por el testador á uno de los hijos ó descendientes se reputará mejora cuando no quepa en la parte libre.

La mejora del quinto ha desaparecido; queda reducida al tercio.

En cambio se halla subsistente la clasificación de las mejoras por razón del título en que se hacen, unas por contrato y otras en testamento; también subsiste la clasificación de las mejoras en revocables y no revocables, á cuyo efecto prescribe el 827, con precedentes en la ley 17 de Toro, que la mejora, aunque se haya verificado con entrega de los bienes, será revocable, á menos que se hubiese hecho por capitulaciones matrimoniales ó por contrato oneroso celebrado con un tercero, porque, fuera de estas excepciones á que autoriza el respeto á derechos legítimamente adquiridos, la mejora es parte de la herencia y ésta se adquiere á la muerte del causante, quien, en todo tiempo, puede modificar su voluntad, cualquiera que sea la forma en que se haya establecido aquélla.

Constituída la mejora en capitulaciones matrimoniales, en cuyo caso alcanzan sus beneficios al matrimonio y pudo haber sido supuesto para la celebración de éste, ó en contrato, no gratuito, sino oneroso, con un tercero, tiene carácter irrevocable. No puede volverse contra ella, ni por la superveniencia de hijos, pues el art. 644 se refiere á las donaciones hechas por personas que carecen de descendencia legítima, ni por ingratitud del donatario, porque esa clase de mejoras ó se hacen en interés del matrimonio ó en el del tercero, con derecho legítimamente adquirido; pero son revocables por falta de cumplimiento de las condiciones estipuladas ó por haberse reservado el mejorante la facultad de revocarlas ya en general, ya determinativamente, nunca por resolución tácita ó legal, como la motivada por ingratitud ó por superveniencia de hijos.

Fuera de las dos excepciones señaladas en el art. 827, toda mejora es, por naturaleza, revocable, y tanto éstas como las irrevocables, son objeto de colación, para ver si caben ó no dentro del tercio de herencia.

La revocación puede hacerse de palabra ó por hechos; expresa ó tácitamente y, en general, cuando los actos posteriores del mejorante imposibiliten el cumplimiento de la mejora, á menos de que no pueda presumirse que tal fué su voluntad. Habiendo dudas, debe probarse la revocación. Si la mejora se hizo en testamento sigue la suerte de éste; si en contrato, háyanse ó no entregado los bienes, puede ser también revocada en forma expresa ó tácita, salvo las dos excepciones dichas. Si el testamento ó el contrato es nulo, aquélla, falta de raíz, no produce efecto; si solo se anula la institución de heredero, se tiene aquélla por subsistente, si es de las irrevocables; háyanse ó no entregado materialmente los bienes, el mejorado ad-

quiere, desde luego, un derecho, del cual no se le puede privar, pues el diferir la entrega no afecta á la naturaleza y efectos del contrato, que hace al donatario acreedor, siendo inatacables las enajenaciones que de los bienes donados hubiera hecho, lo cual no excluye su obligación de colacionar, como se ha dicho, siendo de recordar lo dispuesto en el art. 812, que hemos comentado. En las mejoras revocables constituidas en testamento, nada adquiere el mejorado hasta la muerte del testador, y si premuere á éste, se extingue la mejora, al igual que no surte efecto el legado, porque ni una ni otro se deben á imposición de la ley, si que á la voluntad de aquél, tanto que, por indignidad ó por desheredación del heredero forzoso, pierde éste la mejora que se le hubiera hecho, pues si se le priva de la legítima, con más razón ha de privársele de aquélla; y como constituye parte de la legítima futura, no puede ser objeto de transmisión antes del fallecimiento del otorgante.

Tratándose de mejoras revocables, constituidas por contrato, rigen las reglas anteriores, porque equivalen á las verificadas en testamento, á no ser que haya mediado entrega de bienes, porque por ellas el mejorado adquiere algo más que la esperanza, un derecho que, aunque eventual y revocable, puede ser objeto de transmisión; de modo que, si no se revoca y el mejorado sobrevive al mejorante, la transmisión de los bienes en que consista es válida, aunque sujeta á condición resolutoria, esto es, que quepa dentro del tercio, y de que el mejorado sobreviva al mejorante; si premuere á éste dejando descendientes, se consideran éstos mejorados, y no dejándolos, pero sí ascendientes, se ha de estar á lo dispuesto en el art. 812. También la eficacia de esa mejora revocable y los derechos fundados por terceros en la misma, se hallan afectos á otra condición, á la de que el mejorado no sea indigno de heredar, ó hubiese sido desheredado, pues en estos casos no surte efecto aquélla, lo mismo que si ese favorecido la renuncia antes ó después de la muerte del causante, pues en el primer caso vuelve al donador y en el segundo á su herencia, sucediendo en ella por derecho propio los otros hijos y descendientes del mismo (art. 766).

Lo arriba dicho se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 36 y 38 de la ley Hipotecaria, escritos para asegurar el derecho de tercero, adquirente de los bienes del donatario, á quien no le pueden alcanzar los efectos de la revocación; á él no le importa que la mejora sea excesiva, y su derecho tampoco puede estar amenazado por la premuriencia del donatario con respecto al donante.

El Código ha derogado la Pragmática de 1534 que prohibió mejorar á las hijas por contrato; para la ley son de igual condición los hijos y las hijas.

La promesa de mejorar ó de no mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales será válida. La disposición del testador contraria á la promesa no producirá efecto: art. 826 que modifica un tanto la ley 22 de Toro; según ésta, bastaba que se otorgase en escritura pública para que fuese eficaz esa promesa, en tanto que el Código, menos expansivo que aquella ley, solamente le da validez si se otorga en capitulaciones matrimoniales, sin que baste la promesa de donar, antes exige se diga claramente que se trata de mejorar, no siendo necesaria la expresión de la cuantía de la mejora, pues se sobreentiende que es en el tercio, mientras no se demuestre que fué otra la voluntad del promitente; lo que sí que se exige es la determinación del mejorado, y que las capitulaciones matrimoniales, donde la promesa se haga, consten en escritura pública, aún cuando la mejora se refiera á cosas muebles. No son revocables, por lo mismo que se hacen en capitulaciones matrimoniales, pues el cónyuge, compañero del mejorado, podría, con razón, llamarse á engaño si tal revocabilidad se permitiese; y si la promesa de mejorar no expresa cuantía, el mejorante cumple dejando parte de ésta, aunque en el resto mejore á los otros hijos, y si todos son favorecidos con la misma promesa, se consideran mejorados por partes iguales; si las promesas son sucesivas, la primera debe respetarse íntegramente, así como las demás, en cuanto quepan, por su orden, dentro del tercio. No realizándose el matrimonio, ó si se anulan las capitulaciones matrimoniales, ó si la persona á cuyo favor se hizo la promesa renuncia al derecho, si es indigno ó es desheredado con justa causa, ó si no se cumplen las condiciones suspensivas estipuladas, ó sobreviene el hecho determinante de la condición resolutoria, que fué supuesto de la misma, queda el promitente en libertad de disponer de la mejora. Es de citar la Sent. de 13 de Julio 1903, declarativa de que la promesa de mejorar ó de no mejorar no es irrevocable, porque, ni consta en capitulaciones matrimoniales, ni en contrato oneroso celebrado con un tercero. Por la de 4 de Julio de 1908 se declara que, con la salvedad de lo dispuesto en el art. 826, la ley no consiente pacto alguno entre padres é hijos, opuesto á lo establecido por un fundamento superior á la voluntad de las partes en materia de sucesiones.

La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de

ésta excediere del tercio y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico á los demás interesados: art. 829, escrito para evitar la proindivisión y la división de fincas, manteniéndose, de ser posible, la unidad de éstas, en respeto al deseo del causante; habiéndose declarado en Sent. de 16 de Junio de 1902, recaída al art. 830, dispositivo de que la facultad de mejorar no puede encomendarse á otro, que no es eficaz la cláusula por la cual se autoriza á un heredero para elegir fincas en pago de su mejora.

Cuando ésta no hubiese sido señalada en cosa determinada, se pagará con los mismos bienes hereditarios, observándose, en cuanto puedan tener lugar, los arts. 1.061 y 1.062 para procurar la igualdad de los herederos en la partición de bienes: art. 832, que sujeta la mejora á las oscilaciones del caudal relicto, por efecto de deudas del causante, para que no sufran perjuicio los legitimarios y los favorecidos con el tercio libre.

El hijo ó descendiente legítimo mejorado podrá renunciar la herencia y admitir la mejora, (art. 833), porque son títulos distintos el de legítima, cuyo origen está en la ley, y el de la mejora, que proviene de la voluntad del testador.

Legados

La sucesión hereditaria á título singular abraza las donaciones mortis causa, los fideicomisos singulares y los legados.

Según Modestino, LEGATUM EST DONATIO TESTAMENTO RELICTA, porque solamente podían hacerse las mandas en testamento; pero, introducido el codicilo, hubo de modificarse esa definición en la Inst. DE LEGATIS, diciendo que legado es DONATIO QUEDAM Á DEFUNCTO RELICTA, ET AB HEREDE PRESTANDA, donación hecha por el difunto, que es, en esencia, lo mismo expresado en la ley 1.^a, tít. IX, Part. VI, que define la manda «manera de donación que deja el testador en testamento ó codicilo á alguno por amor de Dios ó de su ánima, ó por facer algo á aquel á quien se deja».

Scavola define el legado diciendo que es una especie de donación que el testador hace de cosa determinada ó indeterminada de la herencia, en favor de cierta persona ó personas, las cuales no responden de otros gravámenes y obligaciones que los que sean consecuencia de tal donación, sin que puedan exceder del valor de la

misma. Si bien esta definición tiene dos puntos vulnerables, á saber: que considera el legado como una especie de donación, siendo así que, en realidad, constituye una disposición del testador, como dice Morató, y que no se comprenden en ella la manda de parte alicuota, no prohibida por nuestro derecho, como ha declarado el Tribunal Supremo en Sent. de 11 de Febrero de 1903, nos serviremos de la misma, ya que el Código no da ninguna, pues lo único que hace en el art. 660 es consignar que el legatario sucede á título singular, á diferencia del heredero que es sucedáneo por título universal.

El Derecho romano clasificó los legados, respecto de la forma de su ordenamiento, en *PER VINDICATIONEM*, que atribuía al legatario plena propiedad y acción real para reclamarlo á la muerte del testador; *PER DAMNATIONEM*, que imponía al heredero la obligación de pagar ó prestar la manda; *PER PRÆCEPTIONEM*, que autorizaba al heredero para retirar, desde luego, de la herencia la cosa legada, llamado también *PRE LEGADO*, y el *SINENDI MODO* consistente en el permiso concedido al legatario para tomar y recibir la cosa, no por acción real, como en el *PER VINDICATIONEM*, referida á la que por derecho quirritario correspondía al testador, sino por la personal de *EX TESTAMENTO*, como en el legado *PER DAMNATIONEM*.

Toda esta clase de legados ha desaparecido, porque el legatario no puede tomarse la justicia por su mano; él tiene que recibir la cosa del heredero, del que lleva la representación del *CUJUS*, ó del albacea, cuando éste se halle autorizado para darla, como prescribe el art. 885. El Derecho romano también impuso esa obligación al heredero; no habló del albacea, porque este cargo no existía entonces, y precisamente, para evitar que el heredero, cargado con legados, renunciase á la herencia, ya que de ella ningún lucro sacaba, quedando de tal modo destituido el testamento, hubo de introducirse la cuarta Falcidia.

El testador podrá gravar con mandas y legados no solo á su heredero, sino también á los legatarios. Estos no estarán obligados á responder del gravamen, sino hasta donde alcance el valor del legado: art. 858, con precedentes en el § 1.º tít. XXIV, lib. 2.º de la Instituta y ley 2.ª, tít. 4.º, lib. 6.º, del Código justiniano. Fúndase esta prescripción en que todo cuanto el heredero adquiriera á más de su legítima, lo tiene por generosidad del testador, lo mismo que el legatario, quienes no pueden considerarse perjudicados, si aquél les impone gravámenes. Si el heredero es voluntario y acepta la herencia, viene obligado á satisfacer las mandas y legados, aún cuando

cuando superen su cuota, porque nadie le obligaba á adir aquélla. Si no hubiese mas que un heredero gravado, él es el único obligado á cumplir la voluntad del testador; si no se gravare á ninguno en particular, quedarán todos obligados en la misma proporción en que sean herederos: art. 855, con precedentes en las leyes 51, § 4.º, lib. 30 y 28, lib. 31 del Digesto. Si el gravamen se impone al legatario, como quiera que éste es un sucesor á título singular y no lleva la representación del causante, no responde sino hasta donde alcance el valor de la manda.

Puesto que por el Código no es necesaria la institución de heredero, exigida por el Derecho romano, y puede el testador distribuir su herencia en legados, podría resultar que, gravados éstos, ningún legatario los aceptase, quedando sin cumplimiento la voluntad de aquél. Para ocurrir á esta dificultad, prescribe el art. 891 que los legatarios paguen las deudas y cargas de la herencia á proporción de sus cuotas, y del mismo modo deben satisfacer los legados que se les hubiesen impuesto, porque realmente constituyen carga ó gravamen.

Entrando en la verdadera clasificación de los legados, diremos que, por razón de su objeto, son: de cosa determinada, de cosa indeterminada (en su género ó en su especie), de cosa propia del testador, de cosa ajena (perteneciente al heredero, á un legatario ó á un extraño), de cosa libre y de cosa gravada.

Las cosas han de ser aquellas que no estén fuera del comercio de los hombres (art. 865), porque en otro caso no pueden reclamarse, como tampoco su estimación (ley 39 Dig. Inst. § 4.º DE LEGAT.) Pueden ser objeto de manda toda especie de bienes muebles ó inmuebles, derechos; servidumbres y demás que se hallan en el comercio de los hombres (ley 41 Dig. DE LEGAT.) Las que están fuera del comercio solo pueden legarse respecto á algunos individuos si el legatario tiene derecho para usarlas (ley 49 Dig. DE LEGAT y 34 Dig. DE VERB. OBLIG.) disposición no registrada en el Código, como tampoco incluye éste la de las leyes 41, 42 y 43 Digesto de DE LEGAT. de que es nulo el legado de mármoles, estatuas y otros adornos que están adheridos al suelo, sin que puedan separarse á menos de destruirlos ó afearlos.

Estudiando el art. 860, prescriptivo de que el obligado á la entrega del legado (que puede ser el heredero, el albacea facultado para ello ó el mismo legatario) responderá en caso de evicción, si la cosa fuere indeterminada y se señala solo por género ó especie,

aparece bien la distinción entre manda de objeto determinado y de objeto indeterminado; si lo primero, la persona obligada á verificar la entrega no responde de la evicción, lo mismo que el testador no tendría tal responsabilidad al declarar los Tribunales que la cosa pertenecía á un tercero, que el legatario tendrá que soportar la pérdida, y si el legado es de cosa indeterminada, cuyo señalamiento se hizo por género ó especie, por ejemplo un caballo ó una viña, habiéndolos en la herencia, responden del saneamiento, en caso de evicción las personas obligadas á entregarlos, porque, si no fuera así, resultaría perjudicado el legatario por incumplimiento de una obligación que pudo realizarse; pero esto también se refiere al saneamiento de gravámenes, vicios ó defectos ocultos de la cosa. Si ésta es inmueble y resultan aquéllos del Registro, no puede responder el obligado, porque la inscripción les da publicidad y porque tratándose de cosas muebles es de aplicación el art. 835; en suma, que cabe ese saneamiento por vicios ó gravámenes ocultos, si puede entregarse el legado en cosa distinta de la clase ó género ordenado por el testador.

Prescribe el art. 861, concorde con el § 4.º Inst. DE LEGAT. y ley 36 Dig. DE USU ET USUFRUCTO LEGAT., aplicadas en sentencia de 7 de Octubre de 1867, que el legado de cosa ajena, si el testador, al legarla, sabía que lo era, es válido. Añade que el heredero está obligado á adquirirla para entregarla al legatario, y no siéndole posible, á dar á éste su justa estimación, que es precisamente también lo prescrito en las leyes 30 Dig. DE LEGAT.; Inst. § 4.º DE LEGAT., y 10 Cód. DE LEGAT. Dice el Código que la prueba de que el testador sabía que la cosa era ajena corresponde al legatario. De manera que si el testador creía que la cosa era suya, no vale el legado; hubo, por su parte, error que vicia esta disposición singular. Si el testador dice que lega la cosa de otro, huelga toda prueba. Los impugnadores de este legado dicen que al hacerlo el testador, se burla del legatario á quien le deja lo que no es suyo; pero repárese en que debe cumplirse la voluntad del causante, y si la cosa no puede ser entregada al legatario, no obstante las gestiones hechas para adquirirla por su justo precio, como dice el Derecho romano ó por el que sea, pues el Código no habla de esto, debe entregarse á aquél la justa estimación.

Si el testador ignoraba que la cosa era ajena, será nulo el legado, pero válido si la adquiere después de otorgado el testamento: art. 862, que tiene sus precedentes, aunque no completos, en los pá-

rrafos 13 y 14, tít. 20, lib. 2.º de la Instituta. Fúndase la ley en que la ignorancia vicia, de nulidad, la disposición; en ésta debe resplandecer la seguridad de su contenido; pero como los derechos sucesorios, aunque arranquen del testamento, se defieren á la muerte del testador, si éste ha adquirido, en el entretanto, la cosa ajena, vale el legado, porque si no quisiera que valiese, habría modificado su voluntad; pero téngase en cuenta que si se lega una cantidad, un libro, un caballo etc., como no existe propiamente dueño, es indiferente que pertenezca ó no al testador, al heredero, á un legatario ó á un tercero, siendo inaplicable el art. 862.

Será válido el legado hecho á un tercero de cosa propia del heredero ó de un legatario, quienes, al aceptar la sucesión, deberán entregar la cosa legada ó su justa estimación, sin perjuicio de la legítima de los herederos forzosos. Cuando el testador, heredero ó legatario tuvieren solo una parte ó un derecho en la cosa, se entenderá limitado el legado á esta parte ó derecho, á menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero: arts. 863 y 864, que concuerdan con la ley 67 Dig. DE LEGAT., de que el legado de una cosa propia del heredero ó de otro legatario es válido aún en el caso de ignorar el testador esta circunstancia, siendo de consignar que el art. 864 tiene su precedente en la ley 5.ª Dig. DE LEGAT., de que el legado de una cosa perteneciente al testador en unión de otros, solo comprende la parte propia del mismo, añadiendo la ley 10 Cód. íd., que el legado de una cosa ajena hecho á favor de una persona conjunta al testador es válido, tanto si éste sabía esta circunstancia, como si la ignoraba; esto último no lo prescribe el Código.

Partamos del supuesto de que, como dispone el art. 866, con precedente en la Inst. § 10, no producirá efecto el legado de cosa que al tiempo de hacerse el testamento fuera propia del legatario, y añade el Derecho romano que el legatario tampoco tendrá derecho, aunque hubiese enajenado la cosa antes de la muerte del testador, y que si (leyes 2.ª y 8.ª Dig. íd.) después de otorgado testamento adquiriese el legatario por título oneroso la cosa legada, tendrá derecho á su estimación; pero si la adquisición hubiese sido por título lucrativo, nada podrá pretender, á menos de que pruebe haber sido la voluntad del testador le fuera entregada la estimación.

Tanto por el Código, como por la legislación romana, el legado de cosa que al tiempo de otorgarse el testamento fuera ya propia del legatario, no produce efecto, porque no cabe que uno disponga á su favor de aquello que es muy suyo; en esto el Código no admite

otra excepción que aquella de estar gravada la cosa del donatario, en cuyo caso, lo único que cabe es redimirla de ese gravamen, si el testador expresamente lo determina; pero el legislador español no hace la distinción del romano de si el legatario enajenó la cosa en el intervalo entre el otorgamiento del testamento y la muerte del causante, dándole derecho á la estimación de la misma en el caso de que aquella fuese hecha á título oneroso y negándosele sí á título lucrativo, á menos de que otra hubiese sido la voluntad del testador. Y tan previsor es el Derecho romano, que prescribe la Instituta párrafo 6.º que si un mismo objeto fué legado á un individuo por distintos testadores, tendrá derecho á percibir de sus herederos la cosa y su estimación, si se hubiese ya recibido primeramente esta última, pero no en el caso contrario; de manera que, si recibe primero la cosa, no tiene derecho á la estimación; pero si primero es la estimación, puede reclamar aquella, precepto no registrado en el Código.

Y volviendo al estudio del art. 863, según el cual es válido el legado hecho á un tercero, de cosa propia del heredero ó del legatario, quienes, al aceptar la sucesión, deberán entregar la cosa ó su justa estimación, cumple consignar que este precepto, al desarrollar el art. 858, da un derecho facultativo ó de elección á esas personas obligadas; si aceptan, tendrán que cumplir con la entrega del legado, bien entendido que éste no es nulo aunque se pruebe que el testador, al legar, sabía que la cosa no era de su pertenencia, pues no rige lo prescrito en el art. 861, ni pueden considerarse colocados ese heredero ó legatario en la condición de extraños, toda vez que al art. 863 no se le puede dar otro alcance que el riguroso de sus palabras. Por el hecho de que el heredero ó el legatario acepten la sucesión, supiera ó ignorase el testador que la cosa era de éstos, vale el legado.

El art. 864 se funda en una presunción: al legar una cosa ó derecho en ella, parte de la cual fuese del testador, heredero ó legatario, se presume que quiso limitar la disposición á lo que al mismo ó á los otros les correspondiese, á menos de que haya expresa declaración de que comprendiera la totalidad. La división posterior al testamento no influye en la validez del legado, limitado á la porción indivisa, respecto de la nuda propiedad de la cosa ó al dominio directo ó útil. En el supuesto de que el testador adquiriera en totalidad la cosa después de hecho el legado de parte de ésta, debe quedar circunscrito á lo que fué objeto de disposición, porque si hubiese querido que la manda fuese de toda ella habría modificado el testa-

mento. Si el causante solo tenía la nuda propiedad de la cosa y el usufructo se ha extinguido antes de su fallecimiento, pasa el dominio ó plenitud de todos los derechos al legatario, porque en aquella está latente el poder de reincorporar esa facultad de goce y disfrute.

Cabe el legado de cosa empeñada ó hipotecada para la seguridad de alguna deuda exigible y corresponde al heredero efectuar el pago; así lo prescriben el art. 867 y la Inst. § 5.º DE LEGAT.; pero ésta exige, en ese legado, que el testador supiese que la cosa estaba empeñada, circunstancia no exigida por el Código. El Derecho romano añade en esa cita, que si el testador no supiese que la cosa estaba empeñada, quedará reducido el legado al derecho de redimir la prenda, á menos de concurrir estas circunstancias: ser el valor de la prenda igual ó inferior á la deuda (ley 57 Dig. íd.) ó probarse que el testador habría legado la misma cosa ú otra del mismo valor si hubiese sabido tal empeño (leyes 57 Dig. íd. y 6.ª Cód. DE FID.)

El Código ha huido de esa distinción, y, en redondo, prescribe la obligación que el heredero tiene de redimir la deuda exigible asegurada con la prenda ó la hipoteca; si no la cumple—añade el precepto— y verifica el pago el legatario, quedará éste subrogado (subrogación legal) en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el heredero, pues en otro caso podría resultar ilusorio el legado, ya sea de cosa del testador, del heredero, del legatario ó de un extraño, pues el precepto en estudio no distingue. Pero añade que cualquiera otra carga, perpétua ó temporal, impuesta sobre la cosa legada pasa con ésta al legatario. ¿Y si, tratándose de cosa empeñada ó hipotecada, no fuere exigible la deuda? Entendemos que pasará al legatario con el gravamen; por ejemplo la fianza para el desempeño de un cargo, comisión, etc., porque mientras el funcionario desempeñe el cargo no es exigible; pero sí lo puede ser al cesar en él, en cuyo caso vemos aplicable el primer apartado del art. 867, porque si á las palabras «deuda exigible» se les quiere dar un sentido estricto, no tiene este carácter la de un préstamo constituido por un plazo obligatorio para ambas partes durante una infinidad de años, á cuya seguridad se hubiese hipotecado una finca; sin embargo de lo cual, el buen sentido dice que tiene el carácter de deuda exigible, por mas que, de momento, no pueda obligarse al acreedor á que otorgue la carta de pago, y como en la constitución de fianza hipotecaria para el ejercicio de un cargo público se determina el importe de la responsabilidad, ésta es reclamable á las resultas, cuando cesa el funcionario, en cuyo caso el heredero es quien

debe satisfacerla para que no resulte chasqueado el legatario. Lo que el Código quiere decir, á nuestro ver, es que si la deuda ha prescrito ó es nulo el título en que se fundó, no tiene carácter de exigibilidad y, por tanto, el heredero no viene obligado á pagarla, y si, no obstante, la satisface el legatario, carece éste de derecho para reintegrarse.

Trátase de deuda perpétua ó de temporal, fuera del caso antes dicho, las rentas y los intereses ó réditos devengados hasta la muerte del testador, son cargo de la herencia, como, por ejemplo el canon de un censo, las cargas piadosas aún no conmutadas ó redimidas, etc., cuyo pago corresponde al legatario desde la muerte del causante, pues quien tiene el provecho de la cosa, debe pechar con sus gravámenes y otras gabelas. Si el legatario satisface las rentas, intereses ó réditos devengados hasta la muerte del testador, para que, con la morosidad, no peligre su derecho, queda subrogado en el del acreedor para poder reclamar contra el heredero, lo mismo que si se trata de contribuciones, pues no es cosa de que se le venda la finca por deudas que, realmente, son de la herencia.

Si la cosa legada estuviese sujeta á usufructo, uso ó habitación, el legatario deberá respetar estos derechos hasta que legalmente se extingan: art. 868, con precedentes en el tít. 20, lib. 2.º de la Instituta y en algunas leyes del lib. 31 del Digesto. Manresa incluye también en estos derechos reincorporables con la nuda propiedad, las servidumbres, aunque el precepto no lo determina.

El legado quedará sin efecto si el testador transforma la cosa objeto del mismo de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía; art. 869 en su primer apartado. El legado es válido, pero no produce efecto, como, por ejemplo si lega un campo y se convierte en casa, porque existe una transformación, recibiendo el predio distinto nombre por haber variado su naturaleza; lo mismo puede ocurrir en las cosas muebles que suelen cambiar de objeto, de aplicación ó de denominación. Esto también lo prescribe la ley 88 Dig. DE LEGAT., que considera revocable el legado de cosa determinada si el testador (no el heredero, ni otro legatario) hubiese hecho en ella variaciones tales que la hiciesen cambiar de naturaleza, de suerte que ya no pudiese comprenderse bajo la misma denominación. Al transformar el testador la cosa, supone la ley que cambia de voluntad, y aunque se altere la forma, si el objeto sigue conociéndose con el mismo nombre, si tiene la misma denominación, el legado surte efecto, porque, para que no valga, no basta alterar la

forma, sino que cambie ésta y con ella la denominación que tenía; la denominación es el nombre con que el objeto es por todos conocido, según su naturaleza y clase.

Tampoco surte efecto el legado si el testador enajena por cualquier título ó causa la cosa legada ó parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sin efecto respecto á la parte enajenada. Si después de la enajenación volviese la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa (ap. 2.º del art. 269, que se separa de la ley 11 Dig. DE LEGAT., prescriptiva de que esa revocación del legado es en el caso de que el testador hubiese enajenado sin necesidad la cosa legada. Las leyes 1.ª y 8.ª Dig. DE AD. LEGAT., establecen como causa de revocación la de que el testador hubiese donado la cosa durante su vida.

El Código no hace distinción en si tuvo ó no necesidad el testador de enajenar la cosa, por cualquier título ó causa que sea; desde el momento que ha salido de su patrimonio, deja de surtir efecto el legado, y aunque la recobre, incluso por nulidad del contrato que otorgara, el legatario pierde todo derecho en ella, á menos que la readquisición se verifique por retroventa, porque, teniendo un derecho constituido, de carácter real, á los favores de la condición resolutoria, no se ha desprendido totalmente de su poder.

El artículo se funda en una presunción de revocabilidad por parte del causante; si éste hubiese querido que al recobrar la cosa enajenada sin pacto de retroventa, fuese para el legatario, habría otorgado otro testamento; y como quiera que el Código dice que, aún mediando nulidad del contrato de enajenación no surte efecto el legado, opina Manresa que si la nulidad se funda en hallarse viciado el consentimiento del testador, al prestarlo en el contrato por error, miedo, fuerza, etc., como no hubo voluntad de enajenar, el legado no debe entenderse caducado; pero frente á este sentir está el texto que habla de *nulidad del contrato*, y ésta, según determina el art. 1.300, existe cuando no concurren en su celebración los requisitos expresados en el art. 1.261, uno de los cuales es el consentimiento, que puede sufrir vicios por error, violencia, intimidación ó dolo. Habiendo, pues, nulidad de contrato, cualquiera que sea su causa, existió real, aunque no legal, enajenación, y tan es así que pudo haber prescrito la acción para invalidar el contrato, en cuyo caso quedaba con fuerza, y como al recobrar el testador la cosa pudo testar de nuevo

dejándola al legatario, no nos parece bastante acertada la opinión de dicho comentarista, que hace esa distinción no autorizada por el texto del artículo.

Si la cosa legada perece del todo, viviendo el testador ó después de su muerte sin culpa del heredero, también deja de surtir efecto el legado (núm. 3.º del art. 869). No importa que la cosa sea destruída por el mismo testador ó por un tercero; aquélla, por ser determinada, perece para su dueño; pero ha de ser la pérdida total; no es preciso que se destruya, basta que se pierda, pues de ambas maneras perece y no figura en el caudal hereditario.

El art. 869 tiene sus precedentes, respecto de su apartado 2.º, en las leyes 8.ª, 18 y 24, tít. 1.º, lib. 34, y 11, § 12, lib. 32 de la Instituta, en las cuales parece calcado, y respecto al apartado 3.º, su precedente es la misma Instituta, lib. 2.º, tít. 20 DE LEGATIS, y ley 22 Digesto ídem.

El legado de un crédito contra tercero ó el de perdón ó liberación de una deuda del legatario solo surtirá efecto en la parte del crédito ó de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador, como que entonces es cuando se abre la sucesión. Si el legado es de crédito, el heredero cumplirá con ceder al legatario las acciones que pudieran competirle contra el deudor; de manera que el heredero no viene obligado á cobrar el crédito, constituyendo esto una excepción del art. 885, lo cual no quiere decir que el heredero se halla imposibilitado de cobrar el crédito; puede hacerlo y entregar su importe al legatario, de cuya facultad no le priva el precepto. Si el legatario cobra el crédito, necesita que, de antemano, el heredero, como representante del causante, le haya cedido las acciones, figurando tal crédito en la división del caudal, á cuya masa pertenece.

En el legado de perdón ó de liberación de deuda, cumple el heredero con dar al legatario carta de pago si la pidiere. En este legado, el testador lega á su deudor lo mismo que éste le debe, y consecuencia de ello es que quedan extinguidas con el perdón las garantías de la deuda, como fianza personal, prenda, hipoteca y anticresis. El heredero debe intervenir porque puede resultar que no quepa ese legado de perdón, por haber deudas de la herencia, que son de previo pago, y además, porque si á la seguridad del crédito se ha constituido una hipoteca por el legatario, ó de quien éste trae causa, requiérese su cancelación, lo cual corresponde hacer á aquél.

Tanto en el legado de crédito como en el de perdón de la deuda, se comprenden los intereses que del primero ó de la segunda se

debieren al morir el testador. El art. 870 tiene sus precedentes en el tít. 20, lib. 2.º de la Instituta.

Caducan dichos legados de crédito y de perdón si el testador, después de haberlos hecho, demandare judicialmente al deudor para el pago de su deuda, aunque éste no se haya realizado al tiempo del fallecimiento (art. 871), porque demuestra que ha cambiado de voluntad. Si el legatario á quien no se le haya reclamado la deuda por el testador la satisficiese al heredero ignorando el legado, puede reclamar lo que indebidamente pagó.

Por el legado al deudor de la cosa empeñada solo se entiende remitido el derecho de prenda (§ 2.º del art. 871).

El legado hecho á un acreedor no se imputará en pago de su crédito, á no ser que el testador lo declare expresamente. En este caso el acreedor tendrá derecho á cobrar el exceso del crédito ó del legado (art. 873, con precedente en la ley 85 Dig. DE LEGATIS). Este legado de deuda, consistente en dejar al acreedor del testador lo mismo que á éste le debe, tiene la ventaja de que se conceden á ese legatario acciones y medios para cobrar lo suyo que de otro modo no pudiera hacer por tratarse de una obligación natural ó viciada del consentimiento ó de un crédito sin pruebas ó sujeto á condición ó á un plazo largo, ó que hubiese prescrito (véase la sentencia de 20 de Diciembre de 1900 sobre esta clase de legados). El prelegado de dote consiste en dejar el marido á la mujer lo que ésta aportó al matrimonio. Tanto éste como el anterior son eficaces contra los herederos, salvo el derecho á discutir la verdad de los mismos, para que no sufra lesión su legítima.

En los legados alternativos se observará lo dispuesto para las obligaciones de la misma especie, salvo las modificaciones que se deriven de la voluntad expresa del testador: art. 875 que se separa lo dispuesto en las leyes 13 y 71 DE LEGAT. Según éstas, la elección corresponde al legatario de especie, si la cosa, no tiene límites y forma determinada por la Naturaleza, si la hay en la herencia; pero no deberá escojer la mejor (leyes 37 y 110 Dig. íd. é Inst. § 22 íd.), en tanto que, según el Código, la elección corresponde al heredero ó persona gravada con la manda, salvo lo que el testador determine. Añade esta última cita del Derecho romano, que, si la cosa tiene límites y forma determinada por la Naturaleza, la elección corresponde al heredero, que deberá entregar una de la mediana calidad perteneciente á la especie legada.

El legado de cosa mueble genérica será válido aunque no hayan

cosas de su género en la herencia. El legado de cosa inmueble no determinada solo será válido si la hubiere de su género en la herencia, La elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad superior, ni de la inferior (art. 875). Este se refiere al legado de género, y á tal respecto es de consignar que de las cosas se forman sus clases; dentro de las clases está el género; en el género la especie y en la especie el individuo. Los romanos llamaron especie al individuo y género á la serie de individuos distinguidos de otros por caracteres comunes.

En el legado de cosa mueble genérica, por ejemplo, el de una mesa escritorio, si la hay en la herencia, el heredero debe entregar una de las que existan; á él le corresponde la elección y no al legatario, como dispuso el Derecho romano, que no podía exceptuar ni las mejores ni las peores de su género; pero, no habiendo cosa mueble en la herencia, el heredero debe adquirirla para entregársela al legatario, sin que pueda considerarse como manda aquella que se haya hecho de una manera indeterminada, como diciendo, dejo el vino, la ropa, porque como no se sabe á qué se refiere el testador, por no concretarlo, faltan medios para cumplirse su voluntad. En el legado de cosa inmueble no determinada, si no la hay en la herencia, el heredero no viene obligado á adquirirla para su entrega al legatario.

Acudiendo al Derecho romano nos encontramos con las siguientes disposiciones: Cuando el testador ha legado una cosa entre muchas y no pudiese saberse cuál es, podrá el heredero dar la que quisiere (ley 37 § 1.º Dig. DE LEGAT.) Sin embargo, si el legado comprende varias cosas de una misma especie, pero que las unas son de mejor calidad que las otras, el heredero no podrá dar la inferior (ley 110 Dig. DE EOD.) Cuando el testador concede al legatario el derecho de escoger entre varios objetos, tiene la facultad de tomar el mejor (ley 2.ª Dig. DE OPT. LEGAT.) Si el testador ha dejado la elección al arbitrio de un tercero, deberá recibir el legatario la cosa que éste designare. Si el tercero en el término de un año no ha hecho la elección por no haber querido ó podido, pasa este derecho al legatario, quien no podrá en este caso escoger la mejor (ley última § 1.º Cód. COM. DE LEG. ET FID.) Es nula la elección hecha por el legatario antes de ser adida la herencia (leyes 5.ª y 84 § 9.º Digesto DE LEGAT. y 20 Dig. DE OPT. VEL ELEC. LEGAT.) Antes de hacerse la elección, la pérdida de alguno de los objetos en los cuales debe recaer, perjudica al heredero. Hecha la elección, la pérdida de

la cosa escogida cede en daño del legatario (ley 84 § 9.º Dig. DE LEGAT.) Si el legatario que tenía el derecho de escoger, muere sin haberlo verificado, transmite á su heredero juntamente con el legado la facultad de elegir (ley 19 Dig. DE OPT. VEL ELECT. LEGAT.)

Siempre que el testador deje expresamente la elección al heredero ó al legatario, el primero podrá dar, ó el segundo elegir, lo que mejor les pareciere (art. 876). Si el heredero ó legatario no pudiere hacer la elección en el caso de haberle sido concedida, pasará su derecho á los herederos; pero, una vez hecha la elección, será irrevocable (art. 877).

El legado de opción á que los anteriores artículos se refieren es aquel en que el testador permite elegir la cosa legada ó varias cosas entre objetos determinados, ó entre los de cierto género. Hecha la elección, es irrevocable, ya la verifique el mismo legatario, ó por su muerte sus herederos, cualesquiera que sean éstos, siendo de citar la sentencia de 23 de Noviembre de 1904 declarativa de que la elección puede hacerse por cualquier forma reveladora, por modo claro del ejercicio consciente y deliberado de la facultad otorgada por el testador al heredero, sin que la que se haga, afecte á la condición de irrevocabilidad, pudiendo verificarse la elección con ocasión de un testamento, sin que el carácter revocable de éste pueda afectar á la irrevocabilidad de la designación de cosas, que tiene vida y eficacia distinta de la del testamento.

Si la cosa legada era propia del legatario á la fecha del testamento no vale el legado, aunque después haya sido enajenada. Si el legatario la hubiese adquirido por título lucrativo después de aquella fecha, nada podrá pedir por ello; más si la adquisición se hubiese hecho por título oneroso, podrá pedir al heredero que le indemnice de lo que haya dado por adquirirla: art. 878, con precedentes en el § 10, tít. 20, lib. 2.º de la Instituta, y ley 88 Dig. DE LEGAT., bien que ésta añade que si la adquisición fué por título lucrativo nada puede pretender el legatario, á menos que pruebe que la voluntad del testador fué que se le entregase la estimación.

Para apreciar la eficacia de este legado hay que atender á la época en que se otorgó el testamento.

El legado de educación dura hasta que el legatario sea mayor de edad; no apareció regulado en el Derecho romano, pues se comprendía en el de alimentos de que tratan las leyes 22 y 23, tít. 1.º, libro 34 del Digesto. El de alimentos dura mientras viva el legatario, si el testador no dispone de otra cosa; ambos legados son perso-

nalísimos, á los cuales son aplicables los arts. 142 al 153. Si el testador no hubiere señalado cantidad para estos legados, se fijará según el estado y condición del legatario y el importe de la herencia, pero si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero ú otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad si no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia (art. 879).

Con este precepto mantienen relación las siguientes disposiciones del Derecho romano: las leyes 1.^a, 6.^a y 7.^a Dig. DE ALIM., de que el legado de alimentos comprende la manutención, el vestido, la habitación y lo que fuere necesario para recobrar la salud en caso de enfermedad; pero no lo relativo á la educación é instrucción; la ley 14 íd., de que el legado de alimentos produce la obligación de prestarlos mientras viva el legatario, si el testador no ha limitado su duración; la ley 14 Dig. DE EOD., de que los alimentos legados hasta la pubertad del legatario se entienden dejados hasta la pubertad plena; la ley 22 íd., de que si el testador no ha fijado la cuantía de la cuota, se entenderá que los alimentos son los dados por él durante su vida, y en defecto los que hubiese dejado á otros de su misma condición, y á falta de estos datos, se regularán, atendida la fortuna del difunto y el afecto que profesara al legatario, añadiendo la ley 14, Dig. EOD, que si el testador lega los alimentos que prestaba durante su vida, se entenderán dejados los que daba en la última época de ésta.

Y volviendo al estudio del Código, damos con el art. 880, prescriptivo de que legada una pensión periódica ó cierta cantidad anual mensual ó semanal, el legatario podrá exigir la del primer periodo, así que muera el testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar á la devolución, aunque el legatario muera antes que termine el periodo comenzado.

Este legado, que figura también regulado en las leyes 4.^a y 8.^a Dig. DE ANN. LEGAT., prescriptivas de que, siendo la pensión anual dejada simplemente al legatario, acaba con la vida de éste, tiene bastante analogía con el de alimentos por concurrir en ambos la nota común de que se cumplen periódicamente, bien que el último no siempre se cumple con la entrega de una cantidad en metálico. El Derecho romano prescribe en la ley 22 Cód. DE LEGAT. que cuando se ha dejado la pensión al legatario y á sus herederos se entiende no solo á los que entrasen á sucederle inmediatamente, sino también á los herederos de sus herederos, disposición que, por

lo absoluta, no podía registrarla el Código; y tan detallista es aquel Derecho, que prescribe en la ley 17 DE ADM. LEGAT., que el legado anual de cierta cantidad de frutos, de los que produzca una finca determinada, tendrá efecto aún en el año en que no haya cosecha, mientras de lo recogido en las anteriores haya lo suficiente para verificar el pago, siendo de añadir que, según ordena la ley 1.^a Código QUAND. DIES LEG. CED. y ley 12 Dig. EOD., el legatario adquiere al principio de cada año cada pensión de las que comprende el legado anual (lo mismo prescribe el Código civil), debiéndose por entero la anualidad, aunque aquel muera luego de empezado éste; pero téngase presente que, según la ley 20 Dig. íd., no se reputa legado anual aquel cuyo pago de la suma se haya dividido, para mayor comodidad del heredero en varias prestaciones, en cuyo caso se reputan, como un solo y único legado, todos los pagos anuales.

Si la pensión fuese limitada á la vida del legatario, se regulará por la esperanza de vida que, según la edad de éste le corresponda, á tenor de la tabla siguiente: (ley 68 Dig. AD. LEG. FALC.)

EDAD	Esperanza de vida	Número de anualidades
De 0 á 20 años	30 años	19'6
» 20 á 25 »	28 »	18'8
» 25 á 30 »	25 »	17'4
» 30 á 35 »	22 »	16
» 35 á 40 »	20 »	14'9
» 40 á 45 »	16 $\frac{1}{2}$ »	12'9
» 45 á 50 »	11 $\frac{1}{2}$ »	9'7
» 50 á 55 »	9 »	7'8
» 55 á 60 »	7 »	6'2
» 60 á 100 »	5 »	4'6

El Código no ha tenido por qué regular el legado de usufructo toda vez que da las reglas de este derecho al tratar del mismo; pero la Legislación romana, de suyo detallista, lo hace. Véase sino la ley 10 Dig. QUIB. MOD. USUFR. ET USUS AM., dispositiva de que el legado de usufructo de casa pierde sus efectos si antes de la muerte del testador ha sido derribada, aunque haya sido construida de nuevo; pero valdrá si la total renovación de aquélla proviene de las reparaciones parciales hechas en distintas épocas en la misma, año-

diendo la ley 9.^a íd., que el gravamen impuesto á un legado de usufructo subsiste en contra del heredero en el caso de transmitírsele por falta de aceptación del legatario; y como el usufructo es un derecho temporal, prescribe la ley 19 IN PRINC. Dig. DE AMIT. LEGAT., que si el gravamen impuesto al legado de usufructo consiste en la obligación de pagar una pensión anual á favor de un tercero, éste perderá el derecho á percibirla, una vez finido ese disfrute, á menos que se pruebe evidentemente que el testador quiso imponer esa obligación de pago á los herederos del legatario.

Réstanos decir que, como garantía del derecho del legatario de alimentos y de pensión cuando el testador no haya declarado personal la obligación de satisfacerlos, la ley Hipotecaria le concede anotación preventiva, pudiendo convertirse en hipoteca, de lo cual nos hemos ocupado en nuestra obra «Derecho hipotecario y Notarial»; y tampoco estará de más decir que el Derecho romano ve en la mada de renta una serie de legados, tantos como plazos, todos condicionales, circunstancia no registrada en el Código, de tal influencia que, por éste, á diferencia de aquél, basta que el legatario tenga capacidad al tiempo de morir el testador, lo cual no es óbice para que éste establezca las condiciones exigidas para cuando, periódicamente, se perciba la renta vitalicia, y aunque el Código no habla del legado de usufructo, puede considerarse de esta clase el que se hace de cosa, con prohibición de enajenarla, nunca perpetua, y no disponiendo el testador de la nuda propiedad, corresponderá ésta á los herederos legítimos, para consolidarla con aquel derecho de disfrute, cuando se extinga.

Adquisición del legado

El legatario adquiere derecho á los legados puros y simples desde la muerte del testador y lo transmite á sus herederos: artículo 881, con precedente en la ley 5.^a, tít. 2.^o, lib. 36 del Digesto, y en la ley única tít. 6.^o del Código justiniano. Al hacer estas citas, recordamos la teoría romana del DIES CEDIT y del DIES VENIT. Cedía el día, esto es, empezaba á deberse el legado cuando surgía el derecho á él; y venía el día cuando podía exigirse su efectividad; estos dos momentos confundíanse en los legados puros, no en los de cierto plazo; en éstos cedía el día á la muerte del testador, pero no podían

pedirse hasta que el plazo llegaba. En los legados condicionales no se tenía derecho al legado, y de consiguiente faltaba el *DIES CEDIT*, mientras no se cumpliese la condición, á diferencia del legado á plazo en el que había *DIES CEDIT*, pero no *DIES VENIT*, como se ha dicho.

Pues bien; el Código, contrayéndose á los legados puros y simples, esto es, no afectados por condición, prescribe que el legatario adquiere el derecho desde la muerte del testador y, por tanto, lo puede transmitir á sus herederos, sin que distinga en si son de cosas determinadas ó indeterminadas, propias ó ajenas del testador, de género ó de especie, si es ó no alternativo, etc., pues donde la ley no distingue no es lícito distinguir. Pero á ese precepto debe dársele interpretación extensiva, comprendiendo los legados á término y los condicionales, si se cumple la condición en las suspensivas, ó no se cumple en las resolutorias, si bien no cabe el *DIES VENIT*, ó sea el poderse reclamar la entrega del legado hasta que llegue el término ó se conozca el resultado de la condición, bien entendido que, para fundar esto, tenemos presente lo dispuesto en los arts. 799 y 800.

Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere y hace suyos los frutos ó rentas pendientes, pero no las devengadas y no satisfechas antes de la muerte: ap. 1.º del art. 882, que se separa de lo dispuesto en la ley 64 Dig. DE FURT. y ley única § 5.º Cód. DE CAT. TOLL. prescriptivas de que el derecho del legatario al dominio de la cosa es luego de adida la herencia, tratándose de los legados puros y de los condicionales, purificados antes de la muerte del testador que conceden el *DIES CEDIT*, según dispone la ley 5.ª Dig. QUAND. DIES LEGAT., y única § 5.º antes citado, y puesto que hacemos estas citas del Derecho romano, no estará de más añadir que, según las leyes 5.ª Cód. QUAND. DIES LEG. CED. y única § 5.º Cód. CAD. TOLL. el legatario que, sobreviviendo al testador muere sin haber admitido ni repudiado la manda, dejada puramente ó desde día cierto, transmite á sus herederos el derecho que sobre ella tenía, disposición no aplicable á las mandas de alimentos, usufructo ó de alguna pensión anual, por ser inherente á la persona del legatario.

Se declaró en Sent. de 24 de Marzo de 1857 que cuando se leguen en propiedad y posesión, para siempre unos bienes con el gravamen de pasar á otras personas si moría el legatario sin suce-

sión, falleciendo éstas antes que el legatario, adquiere éste las cosas objeto de la manda y no el heredero testamentario.

La cosa legada—añade el art. 882—correrá desde el mismo instante (el de la muerte del testador) á riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida ó deterioro, como también se aprovechará de su aumento ó mejora. Prescribe el art. 883 que la cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador.

Mantienen relación con estos y los anteriores artículos las leyes 1.^a Digesto DE POST.; 18 íd. DE INSTR. VEL INSTR. LEGAT.; 4.^a y 6.^a Digesto DE PEN. LEGAT., de que el legado de una cosa comprende los accesorios unidos á ella y los que debe contener; las leyes 24, 44 y 10 Dig. DE LEGAT., de que el aumento de la cosa legada proveniente de aluvión ó de un hecho del testador cede en beneficio del legatario, si el aumento forma parte de la misma; la ley 15 Dig. DE USUFR. LEG., de que si para el uso de una heredad legada se necesita la servidumbre de paso por otra del testador, se entenderá también legada dicha carga, aunque no se haya expresamente dispuesto; las leyes 2.^a y 21 Dig. DE INSTR. VEL INSTR. LEG. y última Dig. DE SUP. LEGAT., de que el legado de una casa no comprende los muebles que hubiese en ella, ni en el de una granja los aperos de labranza (leyes 44 y 46 Dig. DE LEGAT.), como tampoco las cosas que temporalmente estén en la casa, ni las que accidentalmente se hallen fuera de la misma, aunque se diga que se lega la casa con todo lo que en ella se encuentre. Tampoco se comprenden en ese legado los créditos cuyos títulos se custodien en la casa; ni el dinero que en ésta se encuentre, y que el legado de provisiones de una casa, comprende las que tuviera el testador para su consumo, el de su familia, criados y animales que tuviese para su comodidad, ya se hallen dentro ó fuera de la misma; pero si el testador, sin haberse pagado parte de los frutos destinados para su venta, los fuere consumiendo, á medida que los necesitase, percibirá el legatario lo que aquél y su familia gastasen de ellos en un año (leyes 4.^a y 7.^a Digesto DE PEN. LEGAT.)

Prescriben las leyes 69, 70 y 48 Dig. DE LEGAT. que el legado de una cosa comprende los derechos y cargos á que esté afecta, aunque unos y otros estuviesen constituídos en contra ó en favor del heredero.

Acercas de lo que se entiende por accesorios, palabra empleada en el art. 883, creemos que es toda aquella cosa que depende de

otra aún por simple voluntad del testador que, al anexionarla, manifestó, tácitamente, su voluntad de que estuvieran juntas y pasaran al legatario.

Si el legado no fuere de cosa específica y determinada, sino genérica ó de cantidad, sus frutos é intereses desde la muerte del testador corresponderán al legatario cuando el testador lo hubiere dispuesto expresamente (art. 884); de modo que en otro caso corresponderán al heredero; pero si éste oculta dolosamente la existencia del legado al legatario, es doctrina que debe los frutos desde el momento de la muerte del testador, habiéndose declarado en sentencia de 6 de Julio de 1903, que, legada una cantidad, aunque con arreglo á la voluntad del testador deba pagarse en fincas, no puede exigir el legatario rentas ni intereses, como también se declaró por la de 27 de Octubre de 1904 que si se lega una cantidad, aún mediando dilación en su entrega, no siendo esta dilación maliciosa, carece el legatario de derecho para exigir intereses.

El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero ó albacea, cuando éste se halle autorizado para darla: art. 885 que prohíbe la llamada justicia privada, y que corresponde á lo prescrito en la ley 1.^a, tít. 3.^o, lib. 4.^o del Digesto, que impuso al heredero la obligación de entregar el legado, no al albacea, porque se desconocía este cargo. De esto nos hemos ocupado. El albacea ó heredero solo tienen el deber de entregar la cosa legada, sin venir obligados á subsanar los defectos que impidan la inscripción de las fincas ó derechos legados (Sent. 24 Mayo 1905).

El heredero debe dar la misma cosa legada, pudiendo hacerlo, y no cumple con dar su estimación. No habiendo pendiente juicio de testamentaria, ni señalado el testador el lugar donde había de pagarse el legado, es Juez competente para conocer de la demanda el del domicilio del heredero (Sent. 4 Enero 1896). Los legados en dinero deben ser pagados en esta especie, aunque no lo haya en la herencia. Los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada serán de cargo de la herencia, pero sin perjuicio de la legítima (art. 886). Claro está que si el testador ordena que los gastos de entrega de la cosa los satisfaga el legatario correrán á cargo de éste. Son precedentes del artículo citado, las leyes 11, tít. 32; 2.^a, tít. 1.^o, y 12, tít. 31, lib. 12 del Digesto.

El legatario de cosa determinada, como quiera que es dueño de ésta desde la muerte del testador, puede ejercitar la acción reivindi-

catoria contra el que la tenga en su poder, bastándole con su dominio sobre ella, no necesitando que tenga de antemano la posesión, como también puede pedir ésta si el heredero le hubiese cedido sus acciones ó si en la partición de la herencia se le hubiese adjudicado la cosa legada. El legatario de género ó cantidad es un acreedor de la herencia y, ejercitando la acción personal *ex-testamento*, puede reclamar la manda del heredero ó persona gravada. El legatario de parte alícuota tiene derecho á promover el juicio voluntario de testamentaria, y, en general, á todos los que no tienen este carácter la ley Hipotecaria les concede el derecho á pedir anotación preventiva, que puede convertirse en hipoteca. En casos excepcionales, por no haber herederos, ni albacea á quienes se les pueda reclamar el legado específico, y en el supuesto de que la finca en que consista no esté inscrita á nombre de otros, el legatario puede solicitar la inscripción registral, así como la posesión judicial, con arreglo á los arts. 2.056 al 2.060 de la ley de Enjuiciamiento civil ó entablar el interdicto de adquirir, si concurren los requisitos legales.

Si los bienes de la herencia no alcanzaren á cubrir todos los legados, el pago se hará por el orden siguiente: 1.º Los remuneratorios, porque representan servicios prestados al testador ó á su familia, y aún cuando no tienen precio ni representan una deuda exigible, constituyen el equivalente al premio ó recompensa otorgado por el testador. 2.º Los de cosa cierta y determinada que forma parte del caudal hereditario, porque con esto se interpreta la voluntad del causante. 3.º Los que el testador haya declarado preferentes, entre los que se comprenden los de género ó cantidad que aquél hubiese querido se efectuara el pago con preferencia. 4.º Los de alimentos, porque son necesarios para la vida. 5.º Los de educación, subordinada su preferencia á la de los anteriores y 6.º Los demás legados á prorrata. Dentro de cada grupo debe atenderse á la preferencia que quisiera establecer el testador, y no constando la voluntad de éste, lo justo es que se verifique el pago proporcionalmente al importe de cada legado, y si las cosas fuesen indivisibles, se acuda á lo dispuesto en los arts. 404 y 1.062.

Cuando el legatario no pueda ó no quiera admitir el legado, ó éste por cualquier causa no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y de derecho de acrecer: art. 888, que no excluye el derecho del legatario á transmitirlo á sus herederos si fallece después que el testador, ya sea pura ya condicional la manda; ésta se reputa aceptada mientras no se renuncia.

El legatario no tiene derecho ni al beneficio de deliberar, ni al de inventario, porque los gravámenes que se le hayan impuesto nunca pueden exceder del valor del legado; la aceptación ó la renuncia, una vez hechas, son irrevocables.

El legatario no podrá aceptar una parte del legado y repudiar la otra, si ésta fuere onerosa; de modo que ha de aceptarlo todo ó nada; la carga va aneja al beneficio de la sucesión. Si muriese antes de aceptar el legado, dejando varios herederos, podrá uno de éstos aceptar y otro repudiar la parte que le corresponda en el legado (artículo 889), pero claro está que si parte del legado fuere onerosa, el heredero del legatario que lo acepte no podrá repudiar esta última, pues no puede ser de mejor condición que su causante, siéndole aplicable el § 1.º del art. 889. Es de citar la Sent. de 21 de Octubre de 1899 de que el incumplimiento de la condición impuesta al legatario, deja sin efecto el legado, que se refunde en la masa de la herencia, así como la Res. de 11 de Marzo de 1896, de que no procede aplicar el art. 888, sino cuando se pruebe que no hay términos hábiles para cumplir en forma análoga la carga impuesta por el testador; si ésta debe cumplirla el heredero, tenido viene á ello, en cuyo caso no se refunde el legado en la masa de la herencia y, de consiguiente, son aplicables los arts. 797 y 798.

El legatario de dos legados, de los que uno fuere oneroso, no podrá aceptar el otro y renunciar éste. Si los dos son onerosos ó gratuitos es libre para aceptarlos todos ó repudiar el que quiera. El heredero que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, ó renunciar éste y aceptar aquélla: artículo 890, cuya primera parte tiene su precedente en la ley 5.ª, lib. 31 del Digesto, así como el art. 899 tiene el suyo en las leyes 38 del libro 30 DE LEGATIS y 4.ª, lib. 31 del Digesto, en cuanto al primer párrafo del mismo LEGATARIUS PRO PARTE ADQUIRERE, PRO PARTE REPUDIARE NON POTEST. Las leyes 4.ª y 38 Dig. DE LEG., también prescriben lo expresado en el art. 888, de que cuando el legatario no quiera ó no pueda admitir el legado ó éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, habiéndose declarado en Res. de 7 de Enero de 1904, que los herederos no tienen que cumplir la obligación personal impuesta al legatario al refundirse el legado en la masa de la herencia.

Hemos estudiado en el capítulo X de este tomo el art. 891 y huelga hacerlo aquí.

De los legados por causas piadosas

Al estudiar el Código civil hemos citado los textos del Derecho romano aplicable en Cataluña y Navarra, en orden á la materia de legados; en la primera de estas regiones existen los legados piadosos destinados á alguna obra de piedad en lo espiritual ó en lo temporal (ley 28 Cód. EPISC. ET CLER.) El otorgado á favor de una Iglesia, hospital, etc., corresponde á la Iglesia ú hospital, etc., del domicilio del testador si no hubiese designado otro (Novela CXXXI). El hecho á los pobres en general se entiende dejado al hospital del domicilio del testador y, en defecto, á los pobres de la parroquia del mismo (Nov. íd. ley últ. Cód. DE SAC. ECLES. IN FIN). Nombrando el testador persona encargada de ejecutar la obra pía, debe pedir al heredero la cantidad y cumplir, según su conciencia, la voluntad de aquél; á falta de esa persona, corresponde esa misión al Juez eclesiástico ó al secular, á prevención (ley 28 Cód. DE EPISC. ET CLER.) Los legados piadosos pueden ser conmutados por el Sumo Pontífice, mediante justa causa (Clement. 2 DE RELIG. DOMIB. Concil. Trid. DE REFORM. SES. 22 y 25). Si el objeto del legado piadoso no pudiera cumplirse, está facultado el Juez eclesiástico ó secular para conmutarlo con consentimiento de los que tuviesen á su cargo la ejecución del mismo. Cuando en testamento se encarga á una corporación ó cofradía el cuidado de una manda piadosa impuesta sobre una finca que otro ha de disfrutar solo se confiere por este medio el patronato activo de la manda y no la propiedad del predio gravado (Sent. de 11 de Diciembre de 1861).

En los legados AD PÍAS CAUSAS se deben los frutos é intereses desde el día en que el testador mandó su pago y en otro caso, desde la muerte del mismo (ley 46 Cód. DE EPISC. ET CLER., Novela CXXXI).

De la cuarta falcidia

Los legatarios que han aceptado, solo tienen derecho á ser pagados después de satisfechas todas las deudas del testador y los gastos de entierro, y de deducir el heredero la cuarta parte del valor líquido de la herencia que se llama cuarta falcidia (introducida para que no quedara írrito el testamento): Inst. § 2.º DE LEG. FALC. No solo los herederos testamentarios, si que los legítimos pueden detraerla

(ley 15 Dig. AD LEG. FALC.); pero requiérese que hayan aceptado la herencia á beneficio de inventario y se practique éste con descripción formal de los bienes y derechos, interviniendo los legatarios y con el mayor cuidado (Autént. SED CUM., Cód. AD LEG. FALC., Nov. I). El heredero que oculta alguna cosa de la herencia ó que dolosamente ha hecho ó procurado que no tuviese efecto un legado ó fideicomiso dejado por el testador, no podrá deducir la cuarta falcidia de la cosa ocultada y deberá pagar íntegro el legado que quiso inutilizar (ley 6.^a Dig. DE HIS QUÆ UD INDIG. AUF.; ley 59 Dig. AD LEG. FALC.)

La detracción de la cuarta falcidia no tiene lugar: 1.^o Si el testador lo ha prohibido (Nov. I, cap. 2.^o). 2.^o En los legados piadosos (Autént. SIMILITER, Cód. AD LEG. FALC.) 3.^o En el de una cosa inmueble, con expresa prohibición de ser enajenada (Nov. CXIX, capítulo 11). La detracción de la cuarta falcidia procede aunque el heredero haya pagado por error la totalidad de los legados (leyes 1.^a y 2.^a AD LEG. FALC. y 9.^a Cód. íd.)

Siendo muchos los herederos, podrá cada uno deducir por su parte la cuarta falcidia de los legados con que se halle gravado (Instituta § 1.^o íd. y ley 77 Dig. íd.) Si la parte del heredero no gravado con legados acreciese al heredero gravado, solo podrá éste detraer la cuarta falcidia, cuando los legados absorbiesen más de las tres cuartas partes de las dos porciones juntas (leyes 78 Dig. íd., y 10 y 177 íd. DE REG. JUR.) Si la parte gravada acreciese á la no gravada, los legados á que aquella estuviese afecta se disminuirán por la detracción de la cuarta falcidia, del mismo modo que si no hubiese tenido lugar el derecho de acrecer (ley 78 Dig. AD LEG. FALC.) Para la detracción de la cuarta falcidia se atenderá al valor que tuviese la herencia al tiempo de la muerte del testador; todos los aumentos y disminuciones intrínsecas que desde entonces hubiese tenido aquella son de cuenta del heredero (ley 73 Dig. íd.) La valoración de la herencia debe hacerse con intervención de los legatarios (ley 1.^a Digesto SI PLUS PER LEG. FALC.) En esta valoración no se contarán las cosas inciertas ó litigiosas que se hallaren en la herencia (ley 73 Dig. AD LEG. FALC.)

Si después de deducida la cuarta falcidia y de satisfechos los legados tuviese la herencia algún aumento extrínseco cederá en beneficio de los legatarios. Del mismo modo las disminuciones extrínsecas que sobreviniesen á la herencia después de satisfechos los legados, como si se hubiese descubierto una nueva deuda del testador, si se hubiese purificado un legado condicional, se obligará á los le-

gatarios á restituir la parte necesaria para que al heredero le quede salva la cuarta falcidia (leyes 11, 50, 51 y 52 Dig. íd). Si después de hechas las deducciones hubiese lo suficiente para pagar los legados, cobrará cada uno de los legatarios la totalidad del suyo. En caso contrario cada uno de ellos sufrirá una rebaja proporcional al valor de su legado (ley 73 Dig íd). Para la detracción de la cuarta falcidia se estimará el legado de una pensión anual perpétua por el importe del capital necesario para producir dicha pensión al interés legal (ley 3.^a Dig. íd).

La misma regla se observará respecto á los legados de usufructo y de alimentos (ley 6.^a Dig. íd).

No obstante, si al tiempo de detraerse la cuarta falcidia hubiese fallecido el legatario, se verificará la computación atendido el tiempo que realmente hubiese vivido (ley 53 Dig. íd). Para la detracción de la falcidia se estimarán los legados dejados desde cierto día, rebajándolos en la proporción correspondiente á la utilidad que por retardo del pago goza el heredero (leyes 66 y 73 íd. y 88 Dig. DE LEG.) La obligación de satisfacer los legados corresponde á cada uno de los herederos que han aceptado, á proporción de la parte en que han sido instituidos. Todas las cosas de la herencia están especialmente hipotecadas para el mismo objeto (ley 65 Dig. DE ERIT.) Esta hipoteca tácita general no existe en el día.

ARAGÓN

El legatario no está obligado al pago de las deudas del testador cuando los bienes de la herencia fueren suficientes para ello. Si el testador distribuyese todos sus bienes en legados, ó los que dejase al heredero fueren suficientes al pago de las deudas, se pagarán éstas ó la parte que faltare, por el heredero (Ob. 3.^a DE TESTAMENTIS). Es jurisprudencia de los Tribunales aragoneses, que el legatario recibe el legado directamente del testador, por cuya razón puede ocupar la cosa legada antes de la adición de la herencia, y así se infiere del Fuero 30 DE APPREHENSIONIBUS, lib. 4.^o, de modo que el legatario de especie recibe directamente los bienes del testador y por esto opinan Molino y Lissa que puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada sin esperar á que se acepte la herencia.

No pueden recibir legados de sus padres el hijo adulterino y el sacrílego (Fuero DE NATIS ET DAMNATO COITU, lib. 50 y Obs. 1.^a

íd., lib. 5.º y 25 DE GENERALIBUS PRIVILEGIIS); de ésta también se infiere que no puede ser legatario el hijo incestuoso.

Si el padre dejó un legado á los hijos, á condición de que se contenten con el tanto de la parte de su herencia, como el de la madre, no podrán pedir este último, si aceptan el legado (Ob. 10 DE DONATIONIBUS, lib. 4.º). Si uno lega ó dona á otro, alguna cosa con estas palabras: «lego y dono á tí y á tus hijos», no ha de entenderse que cualquiera de éstos, muerto el padre, tenga sucesivamente la dicha cosa, como si la hubiese legado disyuntivamente, sino que todos reciben á la vez el legado, y si por ventura alguno faltare á la condición bajo que se dejó el legado, su falta perjudica á todos los legatarios (Ob. 10 DE DONATIONIBUS, lib. 4.º).

Distribuida la herencia en legados, todo legatario ó detentador de los bienes está obligado á pagar las deudas ó á desamparar los bienes; éste es el espíritu de la Ob. 3.ª DE TESTAMENTIS, y así también se infiere del Fuero DE HIS QUI IN FRAUDEM CREDITORUM, prescriptivo de que el heredero responde del pago de las deudas de la herencia hasta donde alcance el valor de los bienes, aunque hubieren sido enajenados ó consumidos; de consiguiente, de la herencia se han de pagar en primer término las deudas, y no siendo suficientes los bienes, es cuando el legatario tiene que elegir entre dejar el legado ó satisfacer aquéllas. Pero si el testador legare al hijo ó hija ó á otro heredero, tan solamente el metálico no está obligado á desamparar éste y satisfacer aquéllas (Ob. 4.ª DE TESTAMENTIS lib. 5.º), bien entendido que esta observancia es aplicable solo en el caso de que haya otros bienes hereditarios con los cuales puedan pagarse las deudas antes que los legados, pues el espíritu del Derecho aragonés es hacer compatible el derecho del legatario con el del acreedor para que no resulte éste perjudicado.

Si el marido dejare legados piadosos, se pagarán con sus bienes muebles y, en defecto, con sus sitios, salvo el derecho de viudedad (Ob. 16 DE JURE DOTIUM, lib. 5.º). En Aragón no existe la cuarta falcidia, porque, como hemos dicho, el legatario recibe directamente los bienes del testador.

NAVARRA

Prescribe la ley 14, tít. 3.º, lib. 5.º de la Novísima Recopilación, reguladora de las mandas forzosas, que el Notario ante quien se

otorgue testamento debe recordar al testador si quiere dejar algo al Hospital general de Pamplona ó al del pueblo en que ordenare su voluntad, insertando al efecto una cláusula en que se exprese esta advertencia, que también debe hacer el párroco ó clérigo que por falta de Notario autorice la disposición testamentaria.

De la institución de heredero y de los legados condicionales y á término

Es secuela del principio de disponibilidad de los bienes el que puede el testador restringir y condicionar la institución de heredero y el establecimiento de legados, siempre y cuando lo primero de esto, habiendo herederos forzosos, recaiga en la parte libre de herencia, ante el respeto que impone el derecho de legítima. Por esto dispone el art. 790 que las disposiciones testamentarias, tanto á título universal, como particular, podrán hacerse bajo condición.

Entiéndese por institución pura la que no se halla sujeta á condición ni á plazo; condicional aquella cuyo derecho queda pendiente ó se halla sujeto, respecto á su nacimiento ó extinción, á un acontecimiento incierto y futuro ó pretérito, pero que se ignora. Son aplicables en este punto los arts. 1.114 al 1.124 ambos inclusive del Código civil que regulan la materia de obligaciones condicionales, de las cuales nos hemos ya ocupado en el tomo II.

«Término» es el plazo señalado á un acto jurídico; los romanos le llamaron *DIES* y distinguieron entre el día cierto y el día incierto; el primero es el que había de llegar y cuándo; en tanto que el segundo era el que se ignoraban ambos extremos; si hay certidumbre en el sí, pero incertidumbre en el cuándo, más que término existe condición.

El término se divide en suspensivo y resolutorio; el primero, llamado *Á QUO*, es el momento en que ha de nacer un derecho; el segundo, *AD QUEM*, determina el punto en que el derecho fenece; claro está que esto mantiene relación, dentro de su naturaleza, con las condiciones suspensivas y resolutorias.

El Derecho romano no admite la institución á término en sus dos formas *EX DIE* ó desde cierto tiempo, ni *IN DIEM* ó hasta cierto día, porque nadie puede morir parte testado y parte intestado.

Las condiciones imposibles y las contrarias á las leyes ó á las buenas costumbres, se tendrán por no puestas y en nada perjudica-

rán al heredero ó legatario, aún cuando el testador disponga otra cosa: art. 792 con precedentes en el Digesto, Código romano y en la Instituta, y cuyo fundamento no es otro que el de que no prevalezca la autarquía del testador sobre las leyes y las buenas costumbres, como tampoco contra aquello á que la naturaleza se opone, AD IMPOSSIBILIA NEMO TENETUR; de suerte que las condiciones imposibles y las contrarias al derecho y á la moral se tienen como no puestas, y no perjudican al heredero ó legatario, aunque el testador disponga otra cosa; no así ocurre con esas condiciones impuestas á una obligación; aquéllas hacen que ésta sea nula.

La condición absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio se tendrá por no puesta á menos que lo haya sido al viudo ó viuda por su difunto consorte, y por los ascendientes ó descendientes de éste; podrá sin embargo legarse á cualquiera el usufructo, uso ó habitación ó una pensión ó prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero ó viudo.

El art. 793, cuyo es lo arriba dicho, habla de condición *absoluta* de no contraer matrimonio, no de la relativa, y á este respecto es de citar la Sent. de 7 de Diciembre de 1899, de que es válida la condición impuesta al heredero de no contraer matrimonio con determinada persona, porque no es esta la condición absoluta de que el precepto habla.

La prohibición absoluta de casar es atentatoria á una institución tan fundamental como el matrimonio; dice Fichste que el hombre soltero es un hombre á medias y, según Madme. Stäel, el hombre soltero es un árbol sin hojas y sin fruto, y un cuerpo sin alma. De aquí que semejante condición se tenga por no puesta; pero el Legislador, consagrando los sentimientos familiares, y en respeto á la voluntad de ciertas personas, autoriza aquélla, dándole eficacia, si se impone al viudo ó viuda por su consorte para que no quede profanada su memoria, ó por los ascendientes ó descendientes de éste, á fin de que no corran peligro al tomar ese estado.

El Derecho romano solo permitió imponer dicha condición á los viudos (leyes 2.^a y 3.^a, tít. 40, lib. 6.^o del Código) y para asegurar su cumplimiento, la Novela 22, introdujo la caución Muciana. Respecto de la prohibición relativa de contraer matrimonio, fué admitida por la ley 63, tít. 1.^o, lib. 35 del Digesto, como condición autorizada en las sucesiones.

En Aragón se halla permitida la condición de que el heredero se case en cierto tiempo y, en cambio, es nula, por opuesta á la

moral y á las buenas costumbres, la de que el heredero no se case sin el consentimiento de determinada persona, excepto cuando, por no cumplirse, fuere á parar la herencia á alguna obra pía, ó de que se case con persona de determinada familia.

Será nula la disposición hecha bajo condición de que el heredero ó legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador ó de otra persona: art. 794 que prohíbe la captación de herencia por ese medio; precepto derivado del principio de ser personalísima la testamentifacción activa, sin que pueda envolver carácter contractual, como lo sería si se permitiese esa forma de disponer bajo tal condición.

Clasifícanse las condiciones en positivas y negativas, y unas y otras en potestativas, casuales y mixtas. El cumplimiento de las primeras depende del heredero ó legatario, y á este respecto prescribe el art. 795, con precedentes concretos en las leyes 2.^a y 10, tít. 1.^o, lib. 10 del Digesto, que la condición puramente potestativa impuesta al heredero ó legatario ha de ser cumplida por éstos, una vez enterados de ella, después de la muerte del testador, excepto en el caso en que la condición ya cumplida no pueda reiterarse, porque entonces faltan términos hábiles de cumplimiento.

Entiéndese por condición casual aquella cuyo cumplimiento depende de persona distinta del heredero ó legatario al cual se le haya impuesto, y llámase condición mixta la que depende su cumplimiento de esa persona y del tercero ó legatario; y á este respecto prescribe el art. 796, con precedentes en las leyes 8.^a, tít. 26, lib. 6.^o del Código romano, 11, tít. 1.^o, y 10, tít. 1.^o, lib. 35 del Digesto, y la 45, § 2.^o, lib. 31 de este último cuerpo legal, que cuando la condición fuere casual ó mixta, bastará que se cumpla en cualquier tiempo, vivo ó muerto el testador, si éste no hubiere dispuesto otra cosa; que si hubiere existido ó se hubiera cumplido al hacerse el testamento y el testador lo ignoraba, se tendrá por cumplida, y que si lo sabía, solo se tendrá por cumplida cuando fuere de tal naturaleza que no pueda ya existir ó cumplirse de nuevo.

Ya el Digesto sentó la doctrina de que las condiciones para lo futuro pueden ser de tres clases, según que se refieran al tiempo en que el testador vivía, al posterior á la muerte ó á los dos á la vez. El Código, fiel á esta doctrina, ha establecido el segundo y tercer apartado del art. 796 en el que descuella el principio ó regla general, de que el cumplimiento de las condiciones debe ser posterior á la apertura de la sucesión, esto es, á la muerte del causante, porque

puede modificar su voluntad; de cuyo principio son excepciones dichos apartados segundo y tercero, en la inteligencia de que, si el testador conocía el cumplimiento de la condición al hacer el testamento, pueden presentarse estas dos situaciones: si puede reiterarse y si no es posible la reiteración; en el primero de estos casos deberá cumplirse la condición por ser esa la voluntad del testador, y en el segundo ya no hay necesidad de que se cumpla; tiénese por cumplida, al igual que las potestativas.

La expresión del objeto de la institución ó legado ó la aplicación que haya de darse á lo dejado por el testador, ó la carga que el mismo impusiere no se entenderán como condición, á no parecer que ésta era su última voluntad; lo dejado de esta manera puede pedirse, desde luego, y es transmisible á los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido con sus frutos é intereses, si faltaren á esta obligación: art. 787, con precedentes en las leyes 17, tít. 1.º, lib. 35 del Digesto y 2.ª, tít. 45, lib. 6.º del Código romano, en cuanto á su primera parte, y las leyes 2.ª, tít. 35, lib. 6.º de dicho Código, 48, tít. 5.º, lib. 10 y 40, tít. 1.º, lib. 35 del Digesto, respecto á la segunda.

En ese precepto se trata del *modo* en la institución ó en el legado; no del modo como preexistencia del derecho en la persona que lo transmite, ni como tradición, entrega ó expresión plástica del mismo; sino como objeto ó aplicación de la institución ó del legado ó de la carga impuesta por el testador, siendo de consignar que, según Mackeldey, el Derecho romano considera modal toda disposición onerosa, por medio de la cual el que quiera favorecer á otro limita su promesa, exigiendo de él y obligándose á una prestación en cambio de lo que recibe.

El art. 797 no asigna al modo el carácter que le señala dicho tratadista. Consecuente con el principio fundamental de disponibilidad, y siempre que no se lastimen los derechos legitimarios, autoriza al testador para expresar el objeto de la institución ó del legado ó la aplicación que haya de darse á lo dejado, ó la carga que imponga, sin que esto envuelva condición, á menos que resulte ser ésta la voluntad de aquél. En su consecuencia, el heredero ó legatario, cuyo derecho revista carácter modal, pueden pedir, desde luego, lo que se les hubiese dejado, y su derecho es transmisible á los herederos; éstos son los únicos que deben afianzar el cumplimiento de lo mandado por el testador, así como la devolución de lo percibido con sus frutos é intereses, si faltaren á esta obligación; pero no vie-

nen tenidos á afianzar ni el instituído, ni el legatario, en quienes depositó el causante su confianza, á menos que, examinado el testamento, resulte ser condición lo que tiene apariencia de modo.

Cuando sin culpa ó hecho propio del heredero ó legatario no pueda tener efecto la institución ó el legado modal en los mismos términos ordenados por el testador, deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes á su voluntad: primera parte del art. 799, trasunto fiel de la ley 16, tít. 2.º, lib. 33 del Digesto, escrito para que pueda cumplirse la voluntad del testador, pues si al ejecutarse se ve que no hay manera de que puedan cumplirse sus términos, es lógico suponer que, de haberlo sabido, hubiera empleado otros; y de aquí que el heredero ó el legatario, interpretando su deseo macabro, apliquen lo dejado á los objetos análogos y conformes á la voluntad de aquél. Si el interesado en que se cumpla lo ordenado por el testador impidiese su realización, sin culpa ó hecho propio del heredero ó legatario, no es merecedor de que sea favorecido, en cuyo caso se considerará cumplida la condición: nosotros hubiéramos sustituido esta última palabra por disposición modal.

La condición suspensiva no impide al heredero ó legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos á sus herederos, aún antes de que se verifique su cumplimiento: art. 799 que da efecto retroactivo á esa condición suspensiva, de lo cual no hay precedente en nuestro Derecho. La Legislación romana está disorde con el Código en este punto, y al efecto, dispone la ley 64 Dig. DE FUND. y ley única Cód. DE EAD. TOLL. que en los legados condicionales no se adquiere derecho sobre la cosa legada, sino desde el día en que se haya cumplido la condición; el legatario cuya manda sea pura ó desde cierto día es quien unicamente puede transmitir á sus herederos el derecho que sobre ella tenía (ley 5.ª Cód. QUANDO DIES LEG. CED. y única Cód. DE EAD. TOLL.) El legado puro y el condicional, purificado antes de la muerte del testador, dan desde esta época al legatario derecho á la cosa legada (las citas anteriores).

Si la condición potestativa impuesta al heredero ó legatario fuere negativa ó de no hacer ó no dar, cumplirán con afianzar que no harán ó que no darán lo que fué prohibido por el testador y que, en caso de contravención, devolverán lo percibido con sus frutos é intereses: art. 800, que concuerda con las leyes 7.ª, 18 y 79, tít. 1.º, lib. 35 del Digesto, y Novela 22.

Las condiciones potestativas son de dos clases: positivas y negativas; mientras no se cumplan las primeras, si son de carácter

suspensivo, no puede entregarse la herencia y el legado; pero si son negativas, en sus dos formas de no dar y de no hacer, las cuales entrañan carácter resolutorio, el heredero ó el legatario adquieren lo dejado por el testador, pero, para la seguridad de que no harán ó no darán lo que fué prohibido por el mismo deben afianzar, esto es, constituir la caución muciana, establecida por Quinto Mucius Scævola, de cuya obligación está dispensado el legatario, según disponen las leyes citadas.

Si el heredero fuese instituido bajo condición suspensiva (que puede ser potestativa, casual ó mixta) se pondrán los bienes de la herencia en administración, hasta que la condición se realice ó haya certeza de que no podrá cumplirse (art. 801) porque en este último caso ya no hay condición; pero aún cuando se tome esa medida, el heredero ó legatario pueden transmitir su derecho, al amparo del art. 799. Esa misma administración debe constituirse cuando el heredero ó legatario, con condición postestativa negativa, no constituyan la fianza dicha.

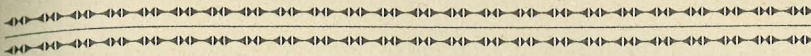
Corresponde la administración al heredero ó herederos instituidos sin condición, cuando entre ellos y el heredero condicional hubiere derecho de acrecer; lo mismo se entenderá respecto de los legatarios. No habiendo esos coherederos ó no mediando entre ellos derecho de acrecer, el instituido condicionalmente entrará en la administración dando fianza; si no la tiene se conferirá la administración al heredero presunto, también bajo fianza; y si ni uno ni otro afianzaren, los Tribunales nombrarán tercera persona, que se hará cargo de ella, también bajo fianza, con intervención del heredero (arts. 802 y 804).

Descúbrese, al examinar esos preceptos, una idea de respeto al derecho de acrecer; la potencialidad de éste es tal que los herederos, sin condición, á quienes les compete, no tienen obligación de prestar fianza, porque su propio interés en la herencia ó en el legado es suficiente garantía de la administración; pero, faltando ese derecho de acrecer ó no habiendo coherederos, el instituido tiene la administración, pero dando fianza, para que no resulten perjudicadas las personas interesadas en la condición resolutoria; si no diese esa garantía, se confiere tal administración al heredero presunto, pero con fianza, para que no resulte, en su caso, burlado el heredero ó legatario, afectado su derecho con la condición suspensiva, y no afianzando ni unos ni otros es cuando, con intervención del heredero (nosotros hubiéramos scerito, con intervención de los interesados, para

generalizar el precepto, respondiendo á su espíritu protector), los Tribunales designarán tercera persona que, bajo fianza, se haga cargo de la administración. La fianza á que se refiere el art. 803 solo tiene por objeto garantizar los resultados de la gestión del administrador, distinta de la impuesta por el art. 800.

Los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que lo son de los bienes de un ausente (Véanse los arts. 106 del Código y 2.031 á 2.047 de la ley de Enjuiciamiento civil, así como la Res. de 23 de Abril de 1900).

Será válida la designación de día ó de tiempo en que haya de comenzar ó cesar el efecto de la institución ó del legado. En ambos casos, hasta que llegue el término señalado ó cuando éste concluya se entenderá llamado el sucesor legítimo; mas en el primer caso, ó sea cuando se exprese el día en que haya de comenzar, no entrará el sucesor legítimo en posesión de los bienes, sino después de prestar caución suficiente, con intervención del instituido: art. 805, aplicado en sent. de 9 de Marzo de 1899, de que el llamamiento de sucesor legítimo, hasta que llegue el día, no obsta al derecho del que ha de adquirir la herencia ó legado, para poder disponer de él ó transmitirlo á sus herederos, así como también se aplicó en sentencias de 22 de Abril de 1902 y 29 de Octubre de 1904.



CAPÍTULO XIII

De la interpretación y de la invalidación de los testamentos

Al estudiar un testamento, que es norma para los interesados en el mismo, pueden presentarse estos tres casos: que las palabras reflejen claramente la voluntad del testador; que sean absolutamente disconformes con ésta, ó que no exista ni armonía perfecta, ni disconformidad manifiesta, surgiendo entonces dudas para cuyo esclarecimiento requiérese la interpretación, con reglas adecuadas y con procedimientos, tendentes, como dice Savigny, á reconstituir el pensamiento del autor de la ley.

Para la interpretación del testamento solo hay dos medios: el literal y el lógico; el primero, ó sea el gramatical, es el que debe emplearse antes que el lógico y así se ha declarado en Sents. de 5 de Mayo de 1897, 23 de Noviembre de 1899, 8 de Mayo de 1901 y en Res. de 8 de Octubre de 1902 y 14 de Enero de 1903, aplicando el art. 675, prescriptivo de que toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, á no ser que aparezca claramente haber sido otra la voluntad del testador, y que, en caso de duda se observará lo que parezca más conforme á la intención del testador, según el tenor del mismo testamento. Este artículo concuerda con la ley 25 Dig. DE LEGAT. dispositiva de que la significación literal de las palabras de las últimas voluntades es ley indeclinable que debe observarse, y que solo procederá la interpretación: 1.º Cuando sea ambiguo el sentido de alguna cláusula.

2.º Cuando haya contradicción entre dos ó más de ellas; y 3.º Cuando algunas palabras ó frases pueden tener una significación más ó menos concreta.

Tanto por dicho artículo del Código, como por la citada ley romana, solo cabe la interpretación cuando surge duda, esto es, si del testamento aparece que la voluntad del testador es distinta de la que resulta apreciando el sentido literal de las palabras. A esa interpretación lógica se ha acudido en las siguientes sentencias: de 3 de Octubre de 1903, declaratoria que en la palabra *hijos* se comprenden los nietos, si no son excluidos por el testador; la de 27 de Octubre de 1903 de que en las palabras *hijos nacidos* deben entenderse comprendidos los concebidos; la de 30 de Diciembre de 1902 de que, establecido un legado en favor del sobrino que el día del fallecimiento del testador existiese y llevase su mismo nombre y apellido, no adquiere la manda el entoces concebido, aunque después se le pusiera el mismo nombre; la de 11 de Noviembre de 1904, de que los hermanos del testador fallecidos antes que el heredero no tienen derecho á la herencia, á virtud de testamento, en cuya cláusula se deja aquélla á los hermanos que al fallecimiento del heredero estuviesen en la mayor necesidad; la de 23 de Abril de 1904, de que no envuelve institución fideicomisaria la cláusula de un testamento por la que se recomienda á la heredera que lo que quedare de sus bienes el día de su muerte lo distribuyese entre los sobrinos que se hubiesen portado bien con ella, á la cual queda la apreciación de este hecho, para hacer esa distribución con arreglo á su conciencia y voluntad.

También el Supremo ha declarado en Sents. de 10 de Julio de 1903, que la autorización concedida por el testador al heredero usufructuario para vender los bienes en caso de necesidad, deja á los dictados de la conciencia de éste, si es llegado ó no el caso de usar de la facultad, sin que pueda exigírsele justificación de la necesidad, si el testador no le ha impuesto expresamente esta traba; la de 27 de Septiembre de 1904, de que instituido heredero un esposo, con facultad de enajenar, y que los bienes no existentes de la herencia al día del fallecimiento del heredero pasen á los parientes del testador, carecen éstos de derecho al precio ó valor de las fincas ya enajenadas; la de 20 de Marzo de 1902 de que la cláusula donde el testador instituye heredera á su esposa, recomendándole con interés á una hermana anciana de él, expresa claramente que debe socorrerla la heredera con rentas de la herencia; la de 16 de Julio

de 1902, de que dejada una pensión á una sirviente si estuviere al servicio de la testadora el día de su fallecimiento, debe pagarse aún cuando la legataria, por motivo de enfermedad, estuviere fuera de la casa en ese determinado momento; la de 24 de Noviembre de 1900 de que la reclamación hecha por un legatario á un albacea sobre entrega de legado no constituye molestia para este último, que debió entregar la manda, sin que pueda privársele al legatario, á quien, bajo pena de exclusión prohibió el testador molestar al albacea; la de 19 de Noviembre de 1901, de que la prohibición de toda intervención judicial en la testamentaría se concreta á las cuestiones judiciales que afectan al cumplimiento de la voluntad del testador, sin que impida á la viuda promover demanda sobre sus gananciales, ni á los herederos oponerse á esa demanda, ni alcanza á ningún derecho legítimo; la de 22 de Abril de 1903 de que cuando se legan bienes, dilatando su entrega hasta doce años después de la muerte del testador, no adquieren los legatarios el legado, cuyas rentas corresponden á los herederos á quienes se asignó el usufructo; la de 12 de Marzo de 1904, de que instituido un heredero en usufructo y después sus hijos en propiedad, bajo condición resolutoria, mientras éstos vivan, ellos, por su orden, representan á la nuda propiedad y no el usufructuario, aunque pueda algún día recaer en él ese derecho.

Como doctrina reciente podemos citar la contenida en las sentencias de 1.º de Febrero de 1906, de que, nombrados dos albaceas y para el caso de que ninguno de ellos quisiera intervenir, ejercerían ese cargo la esposa ó herederos del testador, aún cuando uno de aquéllos haya premuerto á éste, corresponde al sobreviviente practicar las operaciones particionales de la herencia y no á los herederos, y la de 2 de Febrero de 1907 reconocedora del derecho del heredero perjudicado por otros coherederos ó por los albaceas á suscitar contienda judicial, aún cuando la prohibiera el testador, con pérdida de la parte de herencia que le dejaba, pues el reclamante se apoyó en la misma voluntad del testamento para pedir su cumplimiento, ya que de otra suerte podría burlarse la voluntad del causante, poniendo á algún heredero en el trance de tener que consentir su infracción, lo cual, sobre ser inmoral, se opone á los principios en que se informan los preceptos legales y sobre todo, cuando un testador es libre para dar ó no á uno participación en la herencia, no se puede presumir que quiera, por tal medio, anular su misma voluntad.

Acerca de las reglas de interpretación, los escritores jurídicos establecen las siguientes: 1.^a Debe atenderse más á la voluntad del otorgante que al sentido de sus palabras, tomando las dudosas en el que, probablemente, quiso darles, según su educación y sus costumbres, procediendo en esto con mucha prudencia, porque generalmente se emplean los términos en su significación usual. 2.^a Si es ambiguo el sentido de una cláusula, debe interpretarse generalmente en favor de la validez de la disposición. 3.^a La interpretación se hace según la costumbre y modo conocido que el testador tenía de entender las cosas y de expresarse. 4.^a La cláusula en que se hace un legado debe entenderse en el sentido que le da efecto, más bien que en aquel que no le da ninguno. 5.^a Cuando el sentido de algunas disposiciones ofreciere oscuridad, ambigüedad ó duda, será necesario explicar ó interpretar, unas por otras, todas las que aparezcan en beneficio de una misma persona. 6.^a Quedan sin efecto las cláusulas que, entre sí, se contradicen, á menos que el testador quisiere claramente que las disposiciones valgan; en otro caso ha de ejecutarse la última, porque por ella queda abrogada la primera, y con mayor razón si aparecen en distintos testamentos, porque el posterior deroga, por punto general, al anterior. 7.^a Si no se puede descubrir el sentido de las cláusulas oscuras, debe decidirse la duda en favor del obligado á ejecutar el testamento. 8.^a En caso de duda sobre la cantidad ó cosa legada, la interpretación ha de hacerse, generalmente, en favor del que debe satisfacerla. 9.^a Debe darse extensión, en caso de duda, á la voluntad del otorgante, y no restringirla respecto de sus disposiciones. 10.^a Cuando el legatario ha prestado buenos servicios al testador, al cual le unían vínculos de parentesco, aunque el deudor del legado hubiese tenido iguales relaciones con el causante, se interpreta la cláusula oscura en favor de aquél. 11.^a Habiendo dos ó más legatarios con el mismo nombre y apellido, debe atenderse, para la entrega de la manda, al mayor ó menor grado de parentesco de consanguinidad ó de afinidad, ó á la amistad ó relaciones de sociedad ó de compañía que mediasen entre el testador y cada una de las referidas personas ó á los servicios que ella le hubiese prestado; si no se pudiera venir en conocimiento de quién sea el favorecido, será nulo el legado, como hecho á persona incierta, pues no puede partirse la cosa entre todos los que llevan el mismo nombre y apellido, por no haber querido el testador darla á alguna ó algunas de ellas y porque siendo necesario para la partición que ambas ó todas tuviesen derecho, á ninguna le sería posible justificarlo. 12.^a El error

en el nombre y apellidos del heredero ó legatario no anula la institución del legado, si por otras circunstancias puede conocerse cual sea el favorecido, y 13.^a Cuando el testador lega á una persona los alimentos, se entienden los que, según su clase, necesite para comer, beber, vestir y curar sus enfermedades; si le deja sus vinos, se entienden legados con las vasijas, á no ser de materias preciosas ó estar empotradas y si le deja sus aves, hará suyas las que al testador pertenezcan, domésticas ó de caza, con sus jaulas, lonjas ó correas y prisiones.

CATALUÑA Y NAVARRA

Si el sentido de las palabras ofrece varias significaciones se desecharán las que conduzcan al absurdo (leyes 20, 168 y 179 Digesto DE REG. JUR.; 10 Cód. DE LEGAT., y 47 Dig. íd.) Siendo todos los sentidos posibles prevalecerá el más conforme á la voluntad del testador (leyes 96 Dig. DE REG. JUR.; 24 Dig. DE REB. DUB.; 17 y 74 AD S. C. TREB., y 114 Dig. DE LEGAT.) A este efecto se atenderá á las demás disposiciones del testamento, á las costumbres del testador, á las del lugar, al estado y bienes de aquél, á los del agraciado, á las relaciones de parentesco que haya entre los dos, á la causa impulsiva de la disposición y á las demás circunstancias que puedan hacer á la una más probable que á la otra. (Leyes 50 Digesto ídem; y 1.^a, 19 y 28 Dig. DE REB. DUB.) No pudiendo determinarse la voluntad del testador, se preferirá la interpretación más favorable al heredero (ley 48 Dig. DE LEGAT.)

Si la disposición no ofrece ningún sentido en claro no producirá efecto (ley 2.^a Dig. DE HIS QUÆ PRO NON SCRIP. HAB. y 118 DE REG. JUR.) Si, siendo perfecto, el sentido de las palabras expresa menos de lo que quiso el testador ó la intención de éste aparece claramente contraria, no deberá observarse (ley 25 Dig. DE LIB. ET POST.; y 81 Dig. DE HERED. INST.) Las cláusulas ambiguas deben interpretarse más bien en sentido favorable que en sentido odioso (leyes 12 Dig. DE REG. JUR.; 15 Dig. DE AUR. ET ARG. LEG., y 67 Dig. AD S. C. TREB.) La prevención hecha al heredero de que no haga testamento se interpretará como un fideicomiso de los bienes del testador á favor de los sucesores abintestato (leyes 24 Dig. DE REB. DUB.; 17 y 74 Dig. AD S. C. TREB.) Deben suplirse las pala-

bras que falten para el completo y perfección de una cláusula (ley 69 Dig. DE LEGAT.; 10 Cód. DE FIDEI., y 1.^a Dig. DE HERED INST.)

Si dos cláusulas son contradictorias no debe observarse ninguna de ellas (ley 18 Dig. DE REG. JUR.); pero si solo se contradicen en parte, deben observarse las reglas siguientes: 1.^a Refiriéndose al nombramiento de heredero, se preferirá la más favorable y absoluta para el instituido (leyes 27 y 67 Dig. DE HERED. INST.; 17 y 21 Dig. DE CONDIT. INST., y 21 Dig. DE LIB. ET POST.) 2.^o Si se refieren á otras disposiciones se observará la que contenga la última cláusula en el orden de la escritura (leyes 19 Cód. DE FIDEICOM.; 12 Dig. DE LEGAT.; 28 Dig. DE AD. IM. LEGAT., y 8 y 10 Dig. DE TESTAM.) Si las disposiciones contradictorias se hallan en documentos diferentes, se cumplirá la de fecha más reciente (ley 3.^a Código DE CONDIT.)

La palabra *además*, puesta con referencia á alguna disposición, la confirma y ratifica (ley 19 Dig. DE LEGAT., 13 Dig. DE LIB. LEG. y 3.^a Dig. DE DOT. PRE.) La palabra *muebles* usada como sustantivo, comprende solo lo que sirve para amueblar una habitación (ley 3.^a Dig. DE SUPEL. LEG.) La palabra *mercadería* designa tan solo los objetos que tenía para vender (leyes 69 y 207 Dig. DE VERB. SIGN.) La palabra *posesiones* comprende las propiedades y la manda de la posesión de la propiedad (ley 78 Dig. DE VERB. SIG.) Las disposiciones del testador sobre las cosas que posee, comprenden tan solo las que posee como dueño (ley 101 Dig. DE LEGAT.) La población (ciudad) sola y sin el nombre propio de la misma, designa solo lo que existe dentro de las murallas.—Añadido el nombre, se extiende también á los suburbios (leyes 41 Dig. DE LEGAT. y 4 Dig. DE PEN. LEG.)

La palabra *hijos* comprende los naturales y los legítimos, los nacidos y los póstumos (ley 88 Dig. DE LEGAT. y 164 DE VERB. SIG.) Bajo la palabra *hijos* solo se entienden expresados los nietos y demás descendientes, cuando aparece ser esta la voluntad del testador. Mediante este último requisito, la palabra *padre* comprende al abuelo (leyes 81, 201 y 220 Dig. DE VERB. LEG.)

La palabra *liberos* abraza á los descendientes de todos los grados (ley 83 Dig. DE LEGAT.) *Parientes* son los que, á la muerte del testador tienen esta condición ó al tiempo de otorgarse el testamento, aunque después de ambos casos la pierdan (ley 19 Dig. DE REB. DUB.) La disposición hecha en favor de los ciudadanos ó

vecinos de un pueblo se entiende hecha al común del mismo (ley 2.^a Digesto ídem).

Mujer comprende á la doncella ya púber (ley 13 Dig. DE VERB. SIG.) Pupilo en su significación rigurosa, no comprende al póstumo (ley 161 íd.) Cuando el testador dispone de una cosa añadiéndole la palabra *mío*, no se entenderá que ha hablado de aquello sobre lo que le competía la acción vindicativa (leyes 27 y 34 Dig. DE AUR. ET ARG. LEG.) La palabra *mío* excluye también aquellas cosas que el testador tenía para negociar, si posee otras de la misma especie para su uso (leyes 25 y 32 Dig. íd.) *Todo*, hablando de una cosa en la que el testador solo tenía parte, se extiende á la restante de que no era dueño (leyes 68 Dig. DE LEGAT., y 9.^a Dig. DE SUPPELL. LEGAT.)

Quando el testador habla en general refiriéndose al género masculino, se comprende en éste al femenino, pero no al contrario (leyes 43 y 98 Dig. DE LEGAT. y 10 Dig. DE USU ET USUFR. LEGAT.) Si se refiere á tiempo pasado ó presente, no debe extenderse al venidero (leyes 32, 33 y 46 Dig. DE LEGAT.) Hablando de tiempo futuro, se entiende el posterior á la muerte del testador (ley 102 íd.) No expresándose tiempo, se entiende referida la disposición al del otorgamiento del testamento (leyes 7.^a, 40 y 41 Dig. DE AUR. ET ARG. LEG.)

Quando el testador dispone el pago de una cosa en plazos se entiende en porciones iguales; pero si se ordena que lo sea en porciones desiguales, sin fijar las cantidades, debe verificarlo el Juez, atendido el estado de la sucesión (ley 3.^a Dig. íd.) Si el testador dice que lega á todos sus legatarios el duplo ó triplo de lo que les tiene legado en un testamento ó codicilo anterior, semejante cláusula no es extensiva á los legados de cosa determinada, ni á aquellos que solo tienen por objeto el anticipar el pago de las deudas (ley 88 Digesto ídem). La disposición, hecha en general á favor de cierta clase de personas, no comprende á las que se hallen enemistadas con el testador, ni á las que hayan sido agraciadas particularmente (leyes 80 Dig. DE REG. JUR.; 4.^a Dig. DE AUR. ET ARG. LEG.; 24 Dig. DE INSTR. LEGAT., y 88 Dig. DE LEGAT. y DE ALIM. LEGAT.)

Quando el testador ha dispuesto de una cosa sin fijar sus límites se entiende haber dispuesto de todo universalmente y de su propiedad (leyes 43 Dig. DE LEGAT. y 10 Dig. DE USU ET USUFR.) La disposición de las cosas que se cuentan, pesan ó miden, sin expresar

la cantidad, comprende todo lo que de la especie designada poseyese el testador en la hora de su muerte (ley 7.^a Dig. DE TRIT. VIN. LEGAT.) En toda disposición hecha en términos generales no se entienden comprendidas aquellas cosas de que el testador haya dispuesto particularmente, ni las adquiridas después de su muerte, aunque fuese por orden del mismo (leyes 8.^a Dig. DE REG. JUR.; 41 Dig. DE LEGAT.; 4.^a Dig. DE AUR. ET ARG. LEGAT.; 33 Dig. DE USU ET USUF. LEGAT., y 24 DE INST. LEGAT.)

Si refiriéndose una disposición general á una especie de cosas, se han enunciado después una ó más especies subalternas de aquélla, no se considera que haya querido restringirse la disposición á las últimas; pero sí, si temiendo se dudara si se comprenderían en la expresión primera, se han querido expresar para mayor seguridad (ley 9 Dig. DE SUPPELLAT. LEGAT.) Si al hacerse un legado se expresaran ciertas cosas comprendidas bajo alguna de las especies que abraza el género legado, se colige que se han querido excluir las demás de dicha especie (ley 18 Dig. DE INSTIT. ET INST. LEGAT.)

La cláusula general con la cual el testador otorga á los herederos cierta plazo para el pago de los legados, solo comprende á los de una suma de dinero ó de cierta cantidad de cosa fungible, hechos puramente y no á los legados de cuerpos ciertos, ni á los hechos con señalamiento especial de término ó bajo condición (ley 30 Digesto DE LEGAT.) La misma cláusula, aún cuando fuese concebida en pretérito, comprende á más de los legados que le preceden los que se hicieren después, aunque no fuere en testamento sino en codicilo (leyes 30 y 31 Dig. DE LEGAT.)

Una disposición hecha en plural se distribuye, siempre que las circunstancias lo hagan conveniente, en muchas disposiciones singulares (ley 29 Dig. DE LEGAT.; Dig. DE COND. INSTIT.; 33 Digesto DE COND. ET DOM., y 34 Dig. DE USUFR.)

De la invalidación del testamento

La palabra «invalidación» tiene más alcance jurídico que la de nulidad, porque comprende á ésta, á la revocación y á la caducidad del acto de última voluntad. Tómanse por sinónimas las expresiones nulidad é ineficacia de las disposiciones testamentarias, á pesar de que tienen distinto sentido.

Con la palabra invalidación, de suyo genérica, se significa todo lo que no produce efecto alguno, ya por haberse separado de la ley cuando se formó el acto, ya porque, habiéndose ajustado á ella, se han dejado de cumplir, con posterioridad á su otorgamiento, las prescripciones legales exigidas para que cobrara eficacia, como ocurre con los testamentos temporales, provisionales ó *IN DIEM*, que después de hechos, no se elevan á escritura pública, dentro del plazo prevenido, los cuales caducan y se tienen por no otorgados; otro tanto decimos del testamento ológrafo que no se presenta en tiempo al juzgado, como prescribe el Código.

La nulidad y la caducidad tienen, como punto de analogía, el que ambas son formas de invalidación, pero se diferencian en que la nulidad supone vicio de origen del acto por haberse desenvuelto fuera del orden jurídico ó por no ajustarse á las leyes, en tanto que la caducidad parte de la validez del acto otorgado en determinadas circunstancias especiales, pero que ha transcurrido cierto plazo prevenido desde la fecha en que se produjo, sin que los interesados en el mismo hayan cumplido lo dispuesto en la ley para que no perdiese su fuerza.

La revocación es también una de las especies de la invalidación en su sentido lato, llano ó vulgar, y se define diciendo que es el acto por el que un testamento queda sin fuerza por voluntad del testador, ya de una manera expresa ó por medio tácito, según los casos, en respeto al principio de que la voluntad es ambulatoria.

La revocación y la caducidad tienen entre sí analogía y diferencia; analogía, porque ambas conducen á la ineficacia del acto jurídico, y diferencia, consistente en que la revocación, cuando es expresa, exige nueva disposición testamentaria, ú otro testamento, sin necesidad de disposición en contrario, bastando con decir el testador que el primero no surta efecto, mientras que la caducidad, consecuencia de haber transcurrido el plazo señalado por la ley para dar fuerza al testamento ológrafo ó al otorgado en ciertas condiciones excepcionales, procede por ministerio de la misma y se limita á considerarse como no otorgado el acto *mortis causa*.

Dentro de la palabra invalidación, los jurisconsultos romanos comprendían el testamento *NULLUM*, otorgado por un incapaz, ó á favor de un heredero incapaz; el testamento *INJUSTUM* ú otorgado sin las formalidades legales; el *IRRITUM* ó *DESTITUTUM* si no contenía institución de heredero ó si éste no adía la herencia; *ROTO*, ó

sea el invalidado por el nacimiento de un póstumo—esto no rige en Barcelona, donde está vigente el Privilegio de Pedro III, que es la ley única, tít. 1.º, lib. 6.º, vol. 1.º de las Const. de Cat.—cuya ruptura procede asimismo por otorgamiento de otro testamento posterior, también perfecto, ó de otro acto revocatorio, en la forma de las últimas voluntades, según dispone el Derecho romano, y por último, reciso ó rescindido, RESCISUM, si se declaraba invalidado á virtud de querrela de inoficioso testamento, á que tenían derecho los descendientes, los ascendientes y los hermanos preteridos por persona torpe: PERSONA TURPIS PERSONA QUÆ INFAMIE VEL TURPITUDINES VEL LEVIS NOTÆ MACULA ADSPERGITUR, derecho que no tienen los hermanos y hermanas uterinos, ni los sobrinos del testador (§ 1.º Inst. 2, 18 leyes 21 y 27 Cód. tít. 3.º, lib. 28).

La nulidad del testamento puede ser total y parcial según el Código; la primera tiene por causas: 1.º La falta de solemnidades; 2.º El haberse otorgado con violencia, dolo ó fraude; 3.º Ser el testamento mancomunado, y 4.º Haberse otorgado por comisario.

Procede la nulidad parcial: 1.º Por incapacidad del heredero ó legatario; 2.º Por contener disposiciones en favor de persona incierta ó á condición de reciprocidad; 3.º Por haberse otorgado en favor del confesor y parientes del mismo ó de su iglesia, cabildo, comunidad ó instituto, en favor del tutor, antes de la aprobación de cuentas, ó del Notario autorizante, esposa de éste ó parientes dentro del cuarto grado, ó de testigos del testamento abierto, ó de personas ante quienes se otorgan los especiales; 4.º Por contener el testamento sustituciones fideicomisorias que no se hagan de una manera expresa, ó disposiciones con prohibición perpetua de enajenar, y aún la temporal, más allá del segundo grado, ó que impongan al heredero el encargo de pagar á varias personas sucesivamente cierta renta ó pensión ó el de distribuir los bienes, según instrucciones reservadas; 5.º Por referirse el testador á cédulas ó papeles privados, si en éstos no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo; 6.º Por preterición de herederos forzosos en línea recta que vivan al otorgarse el testamento, ó que nazcan después de muerto el testador, no por la del viudo ó viuda, y también por la desheredación injusta ó por reducción de la legítima de los herederos forzosos, que, á petición de éstos, deberá completarse, y 7.º Por ser la disposición testamentaria contraria á la promesa de mejorar; por consistir el legado en cosa ajena, en cierto caso; por recaer en las que están fuera del comercio de los hombres, ó en cosas transformadas, enajenadas ó

que perecieron en vida del testador ó después de su muerte, sin culpa del heredero; por ser de crédito, perdón ó liberación de deuda no existente, de cosa inmueble no determinada si no la hubiere de su clase en la herencia y de cosa legada propia del legatario en la fecha del testamento.

La nulidad parcial no afecta á la validez del testamento si que á sus disposiciones, en tanto que la nulidad total quita valor á dicho acto mortis causa. El Notario que haya autorizado el testamento abierto, si es nulo por no haberse observado las solemnidades prevenidas, será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia ó de negligencia ó ignorancia inexcusables (art. 705), habiéndose declarado en Sent. de 14 de Julio de 1899, que aunque el Notario autorizante del testamento fuere citado al pleito (debe ser emplazado), no habiendo sido parte en él, no puede hacerse efectiva en el mismo juicio la responsabilidad que establece dicho precepto.

Respecto de la revocación (palabra que significa recoger lo que se había concedido) consiste, según Sánchez Román, en la posible rectificación, según derecho, de la voluntad en ciertos actos jurídicos, y tiene lugar en todos los casos en que el estado de derecho producido por la misma sigue imperando para mantenerlos ó para dejarlos sin efecto. En las relaciones constituídas por voluntades concordadas, á los favores de un acto perfecto, no pueden los contratantes sustraerse, por su libérrima voluntad, al cumplimiento de lo convenido, á menos de que medie el mutuo disenso ó existan condiciones resolutorias con cuyo cumplimiento se rompe el nexo jurídico ó hayan motivos de rescisión; pero tratándose de testamento, en cuya formación se desenvuelve, no la voluntad concordada, sí que la ordenada con toda su soberanía, es de esencia la revocabilidad del mismo y, por tanto, no surten efecto, según el Código, las cláusulas AD CAUTELAM y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento, siendo de citar la Sent. de 21 de Abril de 1896, que consideró con eficacia un testamento otorgado antes del Código, con dicha cláusula, no obstante haber sido revocado después de su vigencia, dada la circunstancia de no expresarse dicha cláusula, ni hacerse referencia á ella en el segundo, como debió hacerse.

El testamento anterior queda revocado, de derecho, por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo ó en parte; el testamento anterior reco-

bra su fuerza si el testador revoca después el posterior y declara expresamente, ser su voluntad que valga el primero, sin que se requiera insertar sus cláusulas. La revocación produce su efecto, aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero ó de los legatarios en él nombrados, ó por renuncia de aquél ó de éstos.

Además de la revocación expresa, arriba tratada, está la presunta ó inferida por hechos; así pues, se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador (no en el de un tercero) con las cubiertas rotas ó los sellos quebrantados, ó borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que lo autoricen. Esto constituye una revocación tácita; no obstante, será válido el testamento si se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ó conocimiento del testador, ó hallándose éste en un estado de demencia; pero si apareciere rota la cubierta ó quebrantados los sellos, será necesario probar, además, la autenticidad del testamento para su validez, á fin de que no quepa la suplantación del mismo, sustituyendo un documento por otro.

El art. 742 presenta, además de los casos anteriores, otro consistente en que el testamento se encuentre en poder de otra persona, con las cubiertas rotas ó los sellos quebrantados, ó borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que lo autoricen. Entonces se presume (presunción *JURIS TANTUM*) que esos vicios proceden y son imputables á la persona en cuyo poder obraba el testamento, y no será válido, mientras no se pruebe su autenticidad si estuviera rota la cubierta ó quebrantados los sellos, porque pudo ser suplantado el papel; pero si la cubierta y los sellos se hallaren íntegros será válido el testamento, aunque aparezcan borradas, raspadas ó enmendadas las firmas, pues hay manera de acreditar la verdad de ésto con el acta notarial de otorgamiento, á menos que se justifique que el testador había entregado el pliego en esta forma á la persona en cuyo poder se encontró, pues, al hacer esas raspaduras, demostró que quería revocarlo.

El reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo: así lo prescribe el art. 741, que presenta gran relieve, pues lo perfectamente lícito y eficaz en la esfera patrimonial, porque solo á intereses concierne, no puede serlo, tratándose de declaraciones tan importantes como la de paternidad; viene á ser la voz de la conciencia; y acallarla con rectificaciones postrimeras, significaría llevar la incertidumbre al esta-

do civil de los hijos, en daño, no ya de sus intereses, sí que de su nombre y consideración social, adquirido todo á la sombra de ese espontáneo y formal reconocimiento con toda la eficacia adquirida desde cuando se otorgó.

CATALUÑA Y NAVARRA

El testamento válido queda revocado por otro posterior que no adolezca de ningún defecto, pero si el primero no contiene cláusula derogatoria (que puede escribirse en latín—Sent. 26 Marzo 1861) de otra posterior voluntad, no será revocado por éste, á menos que se haga expresa derogación de dicha cláusula (Inst. § 2.º *QUIBUS MODIS TESTAM. INOF.*) Es doctrina en Cataluña el carácter mixto de las capitulaciones matrimoniales cuando en éstas se pacta ó dispone de los bienes objeto de las mismas para después de la muerte del testador, de donde se deriva la consecuencia lógica de que también por este medio pueden ser revocados los testamentos anteriores.

Si el testador hubiese otorgado el segundo testamento, expresando que lo hacía por tener noticia de la muerte del heredero instituido en el primero, no se entenderá revocada la institución si resulta falsa aquélla (ley últ. Dig. *DE HÆ. INST.*) No queda revocado el primer testamento cuando el testador exprese en el segundo que quiere que valga, en cuyo caso solo se entenderá revocado aquello que se oponga á lo dispuesto en el segundo (ley 12 Dig. *DE INJ. SUP. IRR.*) Queda revocado por el solo hecho de haberlo borrado ó rasgado deliberadamente el testador (leyes 1.ª, 2.ª, 3.ª Dig. *DE QUI TEST. FAC. POS.*; 1.ª, 2.ª y 3.ª Dig. *DE HIS QUI IN TEST. DEL.*; 20 Digesto *DE INJ. RUP. IRR.*, y 22 Cód. *DE TEST.*), no si ha sobrevenido el hecho por caso fortuito de un incendio del archivo donde se custodiaba la matriz (Sent. 21 Abril 1866). Si el testador hubiese revocado el primer testamento, otorgando otro posterior y después raspase ó borrarse éste, solamente recobrará su fuerza el primero, si se prueba haber sido esta la voluntad de aquél; no probándose, quedan ambos revocados (ley penúl. Dig. *DE BON. POS. SEC. TAB.*)

Cuando el testador borra solamente una parte de su testamento solo será nulo lo borrado (ley 2.ª Dig. *DE INJ. RUP. IRRIT.*) La sola

voluntad de revocar el testamento, aunque el testador lo haya expresado en presencia de muchos testigos, no basta para dejarlo sin efecto (ley 36 Dig. DE TEST. MIL.)

El testamento cerrado queda siempre á disposición del testador, sin que por ningún concepto pueda retenerse, ni dejar de ser entregado (Sent. 1.º de Febrero de 1861). No hay ley, ni doctrina admitida por la jurisprudencia que sancione el principio de irrevocabilidad de los testamentos que, de mancomún, otorgan los cónyuges, sobre todo, cuando no contienen pacto ni convenio que lo establezca (Sent. de 21 Mayo de 1860).
