

mación de esa voluntad para concretarla en un sentido determinado al ordenar el testamento, y la sucesión intestada se da *in subsidium* ó por defecto de aquélla, claro y evidente es que la segunda imita á la primera y que, por tanto, la sustituye en sus fines y la suple en sus motivos, cuando aquélla falta.

24. Dedúcese de aquí, que el *fundamento* racional y jurídico de la sucesión intestada no puede ser de otra naturaleza que el de la misma sucesión testada: la primera, producto de la voluntad *expresa* del testador; la segunda, resultado de la voluntad *presunta* del intestado; la primera, formada y determinada por todos aquellos elementos que la revelan en una forma expresa; la segunda, integrada por los mismos, hasta donde la ley puede y debe presumirlos (1).

Y como la presunción de la ley, á falta de dictados libres y expresos de la voluntad, es natural y lógico que se condicione con otros factores afectivos, familiares, morales, sociales, jurídicos y económicos, pudiera, en definitiva, reconocerse cierta manifiesta complejidad de causas, cuyo conjunto explique la base individual, familiar, moral, social, jurídica, económica y legal de la sucesión *intestada*.

Como derivación, producto de estos distintos orígenes, ha de entenderse constituido el concepto de dicha especie de sucesión *intestada*. La ley va á presumir una voluntad que no se ha expresado, y no puede llegar en su presunción hasta el arcano impenetrable de aquellas singularidades que la voluntad del testador, por circunstancias que sólo él conocía y pudo estimar, hubiera dispuesto en la esfera absolutamente libre en que, según la ley, pudiera hacerlo. En cambio, la presunción de voluntad que la ley supone en el intestado, puede consistir en las otras aplicaciones, derivadas desde el orden familiar al orden social de la con-

(1) Observa atinadamente Acollas, ob. cit., t. II, págs. 27 y 30, que: «Los publicistas del siglo XVIII, como Puffendorf, Barbeyrac y Wolf, entrevieron que no podía ser fundada racionalmente sobre la voluntad probable del propietario, pero sacaron mal la consecuencia por no conocer bien el principio, á causa de creer que conociendo el derecho de propiedad, se resolvía en la idea simple del derecho á los frutos del propio esfuerzo y se dejaron impresionar por las legislaciones existentes, colocando la sucesión intestada sobre la triple y contradictoria base de la voluntad presunta del propietario; de la copropiedad familiar y del derecho eminente del Estado; mientras Kant se limitó á oponer el estado civil al natural y refirió juntamente la propiedad y la sucesión intestada al estado civil; y por esta falsa antítesis, llegó el fundamento de la sucesión abintestato á la pura idea de la omnipotencia social».

Para Chironi, *Istitución del Diritto civile*, vol. II, pág. 340: «La sucesión testada tiene su fundamento en la voluntad y en la propiedad individual, y la *intestada* en el derecho de familia; presentándose como una institución familiar independiente de cualquiera presunción de voluntad del *de cuius*; es un derecho reconocido á los miembros de la familia, según la clase y grado ordenado por la ley á causa del vínculo ó interés recíproco... Por el contrario, el fundamento de la sucesión testamentaria es la *voluntad* del disponente, así como el acto de que trae causa es el negocio jurídico (unilateral)».

vivencia humana, en que el intestado se encontrara ligado por afectos y deberes de un orden natural dentro de la familia, ó á falta de ésta, en el general social. Con esta base de inducción, la ley suple la voluntad que aquél no expresó, y deduce racionalmente, hasta donde le es posible, cuál hubiera ó debiera haber sido ésta en frente de aquel orden social y familiar en que el testador vivió y murió. En la construcción jurídica de este concepto hay algo muy semejante á lo que, por ejemplo, ocurre con otras instituciones, como la *prescripción*, cuyo fundamento de justicia descansa en la presunción de *abandono*, para la *adquisitiva*, nacida de posesión contradictoria de la cosa que se supone abandonada por el dueño, á virtud de su falta de reclamación contra el poseedor por cierto tiempo y con otros determinados requisitos que la ley señala, ó de *renuncia* en la *liberatoria*, inferida como presunción de la *capacidad* por falta de ejercicio de su acción por el acreedor durante cierto plazo establecido por la ley (1).

El fundamento de la sucesión intestada que más concretamente se puede señalar, aunque integrado por varios factores, no es otro que la *presunción hecha por la ley, de la voluntad del intestado*, cuando falta la determinación expresa realizada por él en un testamento, que no hizo; si bien integran este fundamento, como principios que sirven á constituirlo, los demás elementos relativos á los deberes y afectos familiares, la convivencia familiar y social y la soberanía jurídica que al intestado corresponde en su patrimonio, ó sea el *derecho de propiedad*, en su más lata consideración, que hubiera sido, caso de testar, el principal fundamento de la facultad de hacerlo. Para la sucesión testada, *voluntad, propiedad, familia y orden social*; para la intestada, *el ministerio de la ley*, que suple aquélla, según el concurso de todos los demás expresados motivos que habrían de influir en su determinación.

#### C. LA SUCESIÓN MIXTA.

25. Otra variedad ó especie de la sucesión *mortis causa* es la que pudiéramos llamar *sucesión mixta*, que tiene lugar cuando ambas formas, de la *testada* y la *intestada*, se aplican en parte cada una al régimen de la de una sola persona, como causante, en el doble concepto de testador é intestado. Refiérese este supuesto al caso en que las disposiciones testamentarias sean insuficientes ó incompletas para regir toda la sucesión del patrimonio del *de cuius*. La posibilidad de esta variedad en las especies de la sucesión *mortis causa* da por resuelta la cuestión que constituyó uno de los aforismos legales del Derecho de Roma (2), producto de su estricto régimen sucesorio y de la equivocada consideración de *solemnidad interna* del testamento que la institución de here-

(1) Núm. 4, cap. 10.º, t. III, 2.ª edic.

(2) *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.*

dero tenía en las leyes de aquel pueblo: axioma que abolió en España la ley única del tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá, restituyendo la doctrina legal á un sentido más conforme con los principios (1), puesto que, como antes se deja dicho y parece demostrado, no es otro el fundamento de ambas sucesiones que la *voluntad del sucedido, expresa* en la testada y *presunta* en la intestada, y ésta se considera como supletoria ó subsidiaria de aquélla. La identidad de causa que la motiva y la acción de sustitución ó complemento que la segunda ejerce respecto de la primera, cuando llega cualquiera de los dos casos de que, por falta absoluta de disposición testamentaria ó por deficiencia de la misma, sea preciso suplir la una ó la otra por el ministerio de la ley, inspirada en la presunción de la voluntad del sucedido, revela claramente la perfecta compatibilidad ó coexistencia de las dos especies de sucesión testada ó intestada, atendida la homogeneidad de su raíz jurídica, que da lugar á la que llamamos *sucesión mixta*.

D. LA PRESCRIPCIÓN APLICADA Á LA SUCESIÓN «MORTIS CAUSA».

26. Como al fin estas especies ó formas de realizarse la sucesión *mortis causa* tienen cierta equivalencia, en la consideración de los juristas, con los llamados *modos de adquirir*, de aquí resulta que cabe mencionar *otra especie*, cual es la de la *sucesión por prescripción*; ó sea aquel fenómeno sucesorio *mortis causa*, que se realiza total ó parcialmente, según que el título en que la prescripción se funde sea universal ó singular, respecto de todos ó de algunos de los bienes relictos por el causante, cuando se cumplan los requisitos de la prescripción bajo el aspecto *extintivo*, para quien, con mejor derecho y acción preferente, no ejerció la de petición de herencia ó de legado contra el poseedor de los bienes hereditarios ó legados y este último consumó la prescripción, que podrá invocar como excepción en adelante contra cualquiera reclamación, dejando definitivamente causada en su favor la sucesión *mortis causa* en virtud de título universal ó singular, que antes de ultimarse aquélla pudo ser eficazmente impugnada y vencido en juicio el prescribente.

E. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL.

27. Por último, otra de las especies de sucesión es la denominada *contractual*. Con relación á esta materia y al tratar de los pactos prohibidos, según el Derecho español, se han anticipado algunas indicaciones (2) que deben tenerse aquí por reproducidas.

28. En primer lugar, conviene dejar bien precisado el significado de la titulada especie de *sucesión contractual*. ¿Quiere decirse con este nombre cosa igual á *contrato de sucesión*, en términos de establecer una

(1) Núm. 31 de este cap.

(2) Núm. 12, cap. 10.º, t. IV, págs. 208 á 213, 2.ª edic.

absoluta identidad esencial entre el *contrato* y el *testamento*, de tal manera que todo lo que puede ser objeto de disposición testamentaria lo pueda ser de estipulación contractual y viceversa? ¿Se ha de entender que tal equivalencia absoluta no existe, y que el único alcance, en esa pretendida homogeneidad de aplicaciones entre los actos *inter vivos* contractuales y los *mortis causa*, no pasa de reconocer la posibilidad de aplicación de las *formas* de aquéllos á algunas de las disposiciones de éstos? ¿Es, en suma, una cuestión de *fondo* ó de *forma*? ¿Es *total* ó *parcial* la compatibilidad ó incompatibilidad entre ambas entidades jurídicas, *contrato* y *testamento*?

29. La doctrina de los *pactos sucesorios* ó especie de *sucesión contractual* no es ni puede reputarse en modo alguno como cosa esencialmente idéntica, que bajo la nomenclatura del *contrato* y de la *sucesión* ofrezca una homogeneidad de concepto entre el *contrato* y el *testamento*, ni produzca el resultado de que cuanto sea objeto de disposición testamentaria pueda serlo de vínculo contractual (1).

Esta negativa se justifica desde distintos puntos de vista, á saber: por razón de los *elementos* del contrato y del testamento, de su *perfección* respectiva y *fundamento* de su *eficacia jurídica*, por su *contenido* y por sus *aplicaciones normales*.

La *voluntad*, como elemento generador y común de todo acto jurídico no es igual al *consentimiento* ó acuerdo de voluntades: estas mismas voluntades concordadas pueden existir sin constituir siempre y forzosamente la noción de un *contrato*, como lo prueba la idea genérica de *convención jurídica* y sus aplicaciones al matrimonio y otras materias, como la sucesión misma, en que siempre se obtiene cuando ella se consuma, el resultado de una concordia de voluntades entre sucesor y sucedido; pero nótese que en los casos ordinarios de sucesión en los que después de la muerte del sucedido se presta la necesaria aceptación de la herencia por el sucesor, la voluntad de éste figura más como elemento de *consumación*, en cierto modo, que de *perfección* ó causalidad originaria de la sucesión misma, sin otra regla que la de que á nadie se le puede imponer un estado de Derecho ético ó patrimonial ó de ambas clases, que no sea producto ó derivación inmediata de su voluntad ó de su personalidad, no siendo preciso atribuir á su voluntad expresa de aceptar una sucesión ó á su voluntad tácita de mezclarse en ella y someterse á

(1) Presiente é inicia esta doctrina Hugo Grocio, *De iure belli et pacis*, vol. II, lib. II, cap. VI. Merece citarse especialmente en este punto Cimbali, que plantea francamente el problema en un notable artículo publicado en la revista *El Filangieri*, 1884, en estos precisos términos: «*Il testamento é contratto?*», así como en su notable obra *Del possesso per acquistare i frutti*, Nápoles, 1879, págs. 181 y sig., y en la *Nuova fassa del Diritto Civile*, págs. 287 á 311, de que nos hacemos cargo en el [tom. IV, 2.ª edic., págs. 209 á 213.

las reglas del testamento ó de la ley, que en la testada ó intestada se le aplique el forzoso significado de constituir con ello un elemento de *convención*, y menos *contractual* con la voluntad expresa del causante ó testador ó presunta del intestado. Basta á explicar el fenómeno jurídico de la sucesión, en cualquiera de estas hipótesis, la simple eficacia de la soberanía de la voluntad llamada *unilateral*, obrando en la esfera propia del campo de su derecho; el testador puede disponer libremente, dentro de las leyes, acerca de lo que constituye su voluntad para después de la muerte respecto de su patrimonio ó de las cosas bienes derechos y aun de los sentimientos y propósitos que puedan, por su naturaleza y sus aplicaciones, ser objeto de transmisión hereditaria; el heredero, legatario ó sucesor *mortis causa*, en general, puede aceptar ó repudiar aquella derivación patrimonial ó ética hecha respecto de su persona por los dictados del testamento ó según las prescripciones de la ley, en su defecto, sin llegar, por todo esto, al concepto preciso del *contrato*, y resultando, por tanto, perfectamente independiente, distinta y propia, la noción del *testamento* y del *abintestato*, como modo ó forma de la sucesión *mortis causa* y como entidades jurídicas completamente aparte de la del *contrato*.

Aparte las observaciones hechas en otro lugar (1), respecto de los *pactos sucesorios*, siempre tendrá cierta fuerza innegable contra la *sucesión contractual*, que no priva en lo futuro al *de cuius* de la libertad de disposición de sus bienes por acto entre vivos, y en cambio, le veda hacerlo por testamento, prevaleciendo la fuerza del pacto sucesorio; porque esto ataca la nota característica de la testamentifacción activa, ya que la voluntad es *ambulatoria* hasta la muerte y esencialmente revocable toda disposición testamentaria; así como, repugna algo, para esa aplicación paralela de testamento ó contrato á la sucesión *mortis causa*, la circunstancia de extrañeza entre la plural aplicación á la vida civil de varios ó muchos contratos, mientras que de ordinario basta uno ó pocos más testamentos, pues no en vano se la llama la *última voluntad*, con lo que demuestra su singularidad y su condición postrimera, *revocable* hasta el último instante de la vida, y que, por tanto, no se concibe sin cierto falseamiento de su especial naturaleza y peculiares fines, que pueda anticiparse de modo invariable por otro testamento, porque lo impida la eficacia del pacto de sucesión celebrado en fecha tal vez remota comparada con la muy posterior en que acaeciera después la muerte; é igualmente contrastan y pugnan entre sí el principio de libertad de formas para contratar con el taxativo, de solemnidades precisas, múltiples é invariables para testar (2).

(1) Núm. 12, letra i, 8.º, cap. 10.º, t. IV, 2.ª edic.

(2) Con este motivo, Bentham se revela vacilante y dice: «Debe aplicarse á los tes-

De lo dicho resulta, como indudable, según se entiende también en interesantes y doctas memorias, justamente premiadas (1), «que el contrato puede sin dificultad intervenir en las relaciones que tienen por objeto toda transmisión de la herencia», y en otras aplicaciones, según lo confirma el segundo de los autores citados al decir: «es en todos estos casos en los que cabe la aplicación de la forma jurídica del contrato»; pero en seguida se pregunta por el primero (2), «¿qué relación existe entre eso que históricamente ha recibido el nombre de *pactos sucesorios* y la teoría cuya solución aquí se busca?», y si se podrá afirmar «que la forma jurídica del contrato es aplicable á *todas* las instituciones de la sucesión *mortis causa*».

Distingue con acierto, en primer término, este ilustrado escritor, entre los pactos que tengan por objeto la herencia de una persona viva, que sea la de uno de los contratantes, ya se comprenda toda la herencia, ya una parte ó cosa determinada de ella, y aquellos otros pactos que se refieren á la herencia de un tercero. De estos últimos, la cuestión á resolver es la *licitud* de su *objeto* y de su *causa*, para, en su caso, afirmar su único carácter *contractual*, y, por consiguiente, su absoluta regulación por la doctrina de los contratos. En cambio, los primeros son los que ofrecen cierta naturaleza *mixta* de *contrato* y de *sucesión*, en cuanto que por la forma contractual se compromete y regula la sucesión *mortis causa* en todo ó parte de los derechos patrimoniales transmisibles de uno de los contratantes, siendo cierto en este sentido que deben reunir las tres *condiciones* que aquel escritor señala (3), á saber: «que exista una suce-

tamentos todo lo que queda dicho de las enajenaciones entre vivos»; y, más adelante, expresa que: «Los testamentos están expuestos á un dilema que por ambos lados presenta inconvenientes: si se admite su validación, siendo hechos estando el testador próximo á morir, quedan más expuestos á la coerción indebida y al fraude, y si se admiten formalidades incompatibles con esta indulgencia, se expone á los testadores á verse privados de socorros en el momento crítico en que más los necesitan. Unos herederos bárbaros pueden atormentarles para apresurar ó asegurar el provecho de un testamento otorgado con todas las formalidades. Un moribundo que ya nada tiene que dar ni quitar, no es ya de temer.» *Principios de legislación y codificación*. Tom. II, pág. 145, traducción de Francisco Ferrer y Valls. Madrid, 1834.

(1) Dr. D. José Castillejo Duarte, *La forma contractual en el Derecho de sucesiones*, y Dr. D. Enrique García Herreros, *La Sucesión contractual*, con un prólogo de D. Rafael de Ureña, 1902, que lo fueron por el Claustro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, en el concurso abierto para honrar la memoria del insigne civilista D. Augusto Comas, págs. 155 y 156 y pág. 85, respectivamente.

(2) Así como por el segundo se agrupan las objeciones opuestas á la forma de la sucesión contractual, y se hace de ellas atinada impugnación en el pár. IV de la citada memoria del Sr. García Herreros, págs. 87 á 102 en los casos que enumera en las anteriores 80 á 85, que nos dispensa el honor de conformarse con algunos de nuestros puntos de vista sobre la materia, consignados en el núm. 12, cap. 10.º, t. IV, 2.ª edic.

(3) Ob. cit., pág. 156.

sión todavía no abierta, en cuya previsión el contrato se celebre; que la cosa objeto del contrato forme parte de esa sucesión; y que el promitente la transmita al aceptante en virtud de un derecho sucesorio y no á título de crédito de otra clase». Desde luego no entran, por consiguiente, en la forma de la *sucesión contractual* todas aquellas disposiciones del testador, causante ó sucedido, que no se refieran concretamente á aplicaciones de transmisión de bienes ó derechos de su patrimonio por el expresado título de *herencia ó legado*, aunque sea *contractual* la forma en que se establezca; es decir, que hay un grupo de relaciones jurídicas, que son todas las patrimoniales de carácter transmisible pertenecientes al testador contratante, que pueden ser objeto del *contrato de sucesión*, mientras que existen muchas otras producto de la última voluntad del testador, ó sea todas aquellas que no pueden incluirse en el grupo anterior, las cuales no son susceptibles de forma contractual, en tanto que se derivan exclusivamente de la soberanía individual y unilateral del causante sin resultado de la predeterminación de la ley, aunque dentro de ella quepan ciertos arbitrios y facultades para su reglamentación dependientes de la voluntad del *de cuius*, como acontece, por ejemplo, en la organización, del Consejo de familia, nombramiento de tutor y protutor, que carecen, además, de fondo objetivo apropiado para servir de materia al contrato.

De todas suertes no debe confundirse la mera exterioridad contractual, que para un juicio no muy meditado (1) ofrece la necesaria coincidencia de voluntades de sucesor y sucedido por causa de muerte, porque sería reducir á la noción de *contrato* todo caso de voluntades concordadas, ó sea toda convención jurídica, punto sobre el cual nos remitimos á lo dicho en otros lugares (2).

Cierto es que en el concepto del *contrato*, dentro de su aspecto normal

(1) Núms. 2 y 3, cap. 8.º, t. IV, 2.ª edic.

(2) Es de verdadero interés doctrinal, de toda realidad, fijar la atención de los juristas acerca de la diferente naturaleza del contrato y de la sucesión testada, pues aunque no sea frecuente incurrir en tamaño error, que confunda á ambas entidades jurídicas, negligencias en la nomenclatura, sinonimias indebidas y desdenes ó confianzas profesionales con la técnica jurídica, pueden dar lugar á que se ofrezcan casos, como alguno que registramos en nuestra práctica, de dictámenes en los que no era racional recelarlo, que han llegado á declarar, que el testamento era un *contrato unilateral*, aplicando como solución al caso consultado sobre nulidad de un testamento cerrado, á partir de tan equivocado fundamento, los remedios de la contratación, nada menos que respecto de la prescripción de las acciones de nulidad de los contratos, puesto que en dicho dictamen leímos con gran extrañeza: «... y recordar que, según el artículo 1.301 del Código civil, la acción de nulidad de los contratos (entre los cuales, como contrato *unilateral* se comprenden los testamentos), sólo dura cuatro años desde que pudo ejercitarse». Así es que, cuando estas declaraciones se hacen como doctrina poco menos que axiomática, no parece ocioso sentir cierta alarma de que tales especies circulen autorizadamente, ni inútil el encarecimiento de esta necesidad de elemental educación jurídica.

y usual, el concurso de voluntades concordadas que le origina, ofrece las notas de *simultaneidad* y de *supervivencia* de los contratantes á la *perfección* del vínculo contractual y, de ordinario, *irrevocabilidad* del contrato; siendo de notar que, precisamente el *mutuo disenso*, que es la forma más eficaz de dejar sin efecto el contrato por voluntades concordadas en contrario de las que sirvieron para perfeccionarlo, nunca puede ser aplicable á la sucesión *mortis causa*, en general, en sus formas comunes de *testada é intestada*, por la necesaria premoriencia del sucedido para que aquélla se cause, á no ser cuando, por excepción, afectara forma contractual; y que el mismo recurso de rescisión, que parece producto exclusivo de la voluntad unilateral de uno solo de los contratantes, para resolver acerca de su ejercicio, si procede en realidad de hechos ú omisiones de incumplimiento del contrato ó de causas previstas y tasadas en el mismo que sean imputables á una parte contratante para los efectos de la rescisión utilizada por la otra, en cuyo caso cede la *irrevocabilidad* por concordarse de antemano ambas partes en el supuesto necesario á la *revocación*, lo cual es equivalente á un estado de voluntades virtualmente concordadas, mientras que en materia de testamentos se opone la nota esencial de la *revocabilidad* por virtud de la exclusiva voluntad unilateral del testador, dada la consagración de su libertad soberana por aquel principio de ser *ambulatoria* hasta que sobrevenga su muerte.

Asimismo, en tanto que el *contenido* originario del *contrato* ofrece la nota de lo *singular y determinado* en el *objeto*, el *contenido* de la *sucesión* se manifiesta con su normal carácter de *universalidad*, cuando de ella se trata, y sólo por excepción y como cosa accesoria es *singular* su contenido, principalmente en los legados y donaciones *mortis causa* que, además, forman parte del total contenido del testamento, que es, en la esfera de los bienes y derechos, forma de aplicación común á la transmisión de la totalidad del patrimonio, mientras que el contrato no tiene ordinariamente tal extensión, y aun por la calidad, no ya por la cantidad, la sucesión es el molde jurídico en el que pueden comprenderse otra clase de aplicaciones que las puramente *patrimoniales* y pecuniarias, únicas que son objeto de los contratos.

Resulta marcada la diferencia entre el *contenido normal* de ambos actos jurídicos, *contrato* y *testamento*, si se observa que el primero se resuelve en la idea de *prestación* más ó menos *mutua* y generalmente *activa*, de dar, hacer ó no hacer, de un contratante respecto del otro, que tiene por base la necesidad de la hipótesis de la supervivencia de ambos, real ó fingida, según se ha dicho, en la persona del contratante ó en la de sus herederos, fiadores ó sucesores, en general, para subsistir la plena coexistencia de ambas partes desde la *perfección* hasta la *consumación* del contrato directamente y tal como se estipuló, ó por la forma subsidiaria de la indemnización de daños y perjuicios. El

propio aforismo de que «los contratantes contratan por sí y por y para sus herederos», los cuales vienen obligados, en su caso, á las mismas prestaciones que el contratante de quien son derecho-habientes, significa el necesario mantenimiento de la personalidad de ambos ó de sus legítimas representaciones—que es la misma idea de su personalidad jurídica contractual—hasta el definitivo cumplimiento del contrato; y esta regla, aun aplicada á la noción del *contrato* como forma excepcional de la sucesión *mortis causa contractual*, sólo puede concebirse entendida como *estado de derecho*, cuyo respeto se impondría, para los fines de la mera abstención á los que pudieran ser herederos en la sucesión intestada, caso de haber muerto el causante sin disposición testamentaria ó sin aquella forma contractual, ó á los que antes hubiera instituído por testamento, dejado sin efecto después, en virtud del contrato de sucesión *mortis causa*, celebrado en favor de otros.

En punto á *aplicaciones*, todavía cabe concluir reconociendo que la forma contractual de la sucesión *mortis causa*, aun admitida, es de índole y de uso marcadamente excepcionales, y más lo es aún el supuesto de la aplicación de la misma á la sucesión de un tercero, distinto de los contratantes, que es ya más propiamente *contrato* que *sucesión*, si bien queda á discutir, cuando no á afirmar en muchos casos, la licitud de la *causa* y del *objeto* del mismo; pero, de todas suertes, es materia á exponer en la doctrina de la *contratación*, propiamente tal (1).

No puede, por tanto, afirmarse la absoluta identidad entre el *contrato* y el *testamento*, de tal manera, que todo lo que pueda ser objeto de disposición testamentaria, quepa que lo sea, á su vez, de estipulación contractual, y al contrario. Desde luego, cabe afirmar que la sucesión *mortis causa*, en lo que toca á la transmisión de bienes del patrimonio del *de cuius*, en su totalidad ó en parte, es aplicable la forma jurídica contractual. De igual modo lo es al nombramiento de albaceas, contadores partidores y designación de tutores, protutores y vocales del Consejo de familia, y, en general, organización del régimen tutelar, puesto que, al fin, aquéllos tienen la naturaleza jurídica de *mandatarios*, y aun éstos participan de ella cuando son producto exclusivo de la voluntad de los facultados por la ley para nombrarlos, así como sólo pueden ser obra del ministerio de la ley, que los establece y fija su número y calidades, en los demás casos, no siendo posible, por consiguiente, introducir en ellos la forma contractual ni la misma testamentaria para modificar lo dispuesto por la ley, pero sí en todo lo demás que sean reglas de libre entablamiento para la educación de los menores ó incapacitados sujetos á la tutela y al cultivo, administración y garantía de sus bienes.

(1) Tomo IV.

La aplicación de la forma contractual á esta designación, entendémos que no modifica, ni menos borra, la nota de la *revocabilidad* por parte del causante que hace los nombramientos, aunque haya mediado, por anticipada excepción de la forma contractual empleada, la aceptación de los designados, toda vez que la naturaleza jurídica del mandato, que virtualmente ofrecen estos actos, pugna con toda idea de *irrevocabilidad*, no así para los designados, que si prestan su aceptación, puede resultar obligatoria, fuera de las excepciones en que la renuncia sea posible, ó en que sobrevenga causa de incapacidad, que es punto de vista en que se reputa más útil la forma contractual, porque facilita al sucedido que hizo los nombramientos la seguridad en conocer la aceptación de los nombrados, y permite determinar con más conocimiento de causa, y hasta por mutuo acuerdo, los términos y pormenores en el ejercicio del encargo, su garantía, sus responsabilidades, etc., dentro de la reglamentación ó límites y de los fines de la ley.

No debe decirse lo mismo, en la sucesión testada, cuando las determinaciones del testador se dirigen á otros fines, que no sean los de la continuación de relaciones patrimoniales ó aplicaciones económicas, y que pueden referirse á todo lo que sea objeto de manifestación de una última voluntad por causa de muerte, para cumplimiento de fines éticos de distintos órdenes, según los dictados de la voluntad, cuando es directora de relaciones que la interesan, ó que causa, y que se propone condicionar en lo posible para después de su muerte; es decir, en cuanto se muestra la soberanía *unilateral* de la voluntad del testador, que podrá ser acatada ó desobedecida, pero que el establecimiento de las reglas que la constituyen, no es ni necesita ser producto de voluntades concordadas, bastando á su establecimiento la determinación única de aquella voluntad, que así lo ordena, en contemplación tan sólo de motivos de su autarquía individual.

Ocurre lo mismo con aquellas reglas de sucesión hereditaria, cuando su establecimiento procede directamente de la ley, como acontece con las legítimas, alimentos, etc.; que, por lo mismo que no dependen del libre arbitrio del testador, no pueden ser tampoco producto de la forma contractual, sino, á lo sumo, en las reglas prácticas para hacerlos efectivos, pero no en su determinación y esenciales fines, que son obra exclusiva de la ley.

Quizá estos puntos de vista, más que los propiamente diferenciales, han influído en la tradición jurídica romana y de los pueblos de la raza latina, y en el sentido de los juristas clásicos de otros tiempos para repugnar toda idea de compatibilidad entre el *contrato* y el *testamento* (1).

(1) El Código alemán, que en la exposición de motivos llama «contrato testamen-