

considera ser improcedente la acción entablada, son inaplicables y no pueden decirse infringidas la ley 5.<sup>a</sup>, tít. 8.<sup>o</sup>, lib. XI de la Nov. Rec., ni la 3.<sup>a</sup>, tít. 13, Partida VI, y la 6.<sup>a</sup> de las de Toro, que es la 1.<sup>a</sup>, tít. 20, lib. X de la Nov. Rec. (1).

## ART. II

## CÓDIGO CIVIL

§ 1.<sup>o</sup>

## Texto.

**36. ESPECIES DE SUCESIÓN *mortis causa*.**

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

La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima.

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

**37. CRITERIO DE TRANSICIÓN.**—Reglas 1.<sup>a</sup> á 4.<sup>a</sup>, 12.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup>, antes insertas (2).

§ 2.<sup>o</sup>

## Jurisprudencia según el Código civil.

**38. SUCESIÓN INTESTADA.**—No existe disposición prohibitiva de que tenga lugar la sucesión intestada, cuando una persona se limita á dejar sin efecto alguno el testamento que había otorgado, revelando así su deseo de que le sucedan por ministerio de la ley las personas ligadas con ella por vínculos de la sangre (3).

**39. SUCESIÓN CONTRACTUAL.**—Los pactos sobre herencia futura son ilícitos por su naturaleza (4).

Refiriéndose el segundo párrafo del art. 1.271 del Código civil al 1.056 del mismo cuerpo legal, al establecer que sobre la herencia futura no se podrán celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal, conforme al art. 1.056, es claro que dicha diferencia obliga á entender igualmente que la partición así hecha había de realizarse sobre la base de una sucesión testamentaria ó legal, á cuyas reglas fundamentales y llamamientos de los interesados deberá acomodarse la partición, pues ni á uno ni á otro precepto se le puede dar más alcance que el de prever y dejar hecho

(1) Sent. 27 Abril 1886.

(2) Núm. 22, cap. I de este tomo.

(3) Sent. 10 Mayo 1898.

(4) Sent. 13 Junio 1903.

en vida lo que de otra suerte habría que practicar á la muerte del testador para realizar la división del caudal entre los interesados (1).

§ 3.<sup>o</sup>

## Explicación.

**40.** En punto á *especies* de la sucesión *mortis causa*, el art. 658 expresa las tres, mediante las cuales puede realizarse aquélla, según nuestro Código civil, reproduciendo en esto la legislación precedente de Castilla.

Son denominadas *testamentaria* y *legítima*, las dos primeras, de un modo expreso por el Código y *mixta*, por la calificación de los juristas, la tercera, que sin denominación especial resulta admitida en el art. 658 por su último párrafo, por virtud de la reunión de ambas, al decir que podrá también deferirse—la sucesión—en una parte por voluntad del hombre y en otra por disposición de la ley.

La que lo es por la voluntad del hombre manifestada en testamento, es la llamada *testamentaria*; y la que, á falta de éste, se defiere por disposición de la ley, es designada con el nombre de *legítima*.

La voluntad del testador, manifestada en forma legal; en defecto de ésta, la ley, y en la posible combinación, ambas, según los casos, son las causas que originan las tres *especies* ó *modos de suceder*, aunque en realidad la última no tenga elementos sustantivos, propios y diferenciales de las dos anteriores, sino que sea tan sólo el conjunto de ellas aplicado como *régimen doble* á una sucesión *mortis causa*, proclamando de esta suerte el principio de su compatibilidad ó de su empleo simultáneo, con perfecta validez legal.

Tampoco en esto último contiene novedad el Código civil, porque la transformación de nuestro Derecho, que hizo compatible la sucesión testada con la intestada, tuvo lugar en el siglo XIV, como se deja dicho, por virtud de lo dispuesto en la ley única del título 19 del Ordenamiento de Alcalá (2), y esta misma doctrina la confirma de modo expreso el Código civil en el art. 764, según el cual «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 estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo á las leyes, y el remanente de los bienes pasará á los

(1) Sent. 13 Junio 1903.

(2) Que prescribió «valga el testamento en cuanto á las mandas y otros casos que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, y entonces hereda aquel que según derecho y costumbre de la tierra había de heredar en caso de que el testador no hiciera testamento, y cumplirse el testamento».

herederos legítimos»; derogando aquélla la ley de Partida (1) que trasladó á este cuerpo legal el principio de la incompatibilidad que en el Derecho romano representaba aquel axioma de que «nadie podía morir en parte testado y en parte intestado» (2).

41. Son *concordancias* especiales del art. 658, que explicamos, las siguientes:

La del 763, en cuanto prescribe que, el que no tuviera herederos forzosos, puede disponer por testamento de todos sus bienes ó de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos; y el que tuviera herederos forzosos sólo puede disponer de sus bienes en la forma y con la limitación que se establecen en otro lugar del Código por razón de *legítimas* (3).

La del art. 912, que declara cuándo la sucesión legítima tiene lugar, á partir de la base de morir el causante sin testamento válido y en los supuestos que mencionan los números 1.º, 2.º y 4.º del mismo artículo, á saber; siempre que el testamento no contenga institución de heredero en todo ó en parte de los bienes ó no disponga de todos aquellos que corresponden al testador, respecto de los cuales la sucesión legítima ó intestada tendrá lugar, y en los demás en que haya disposición testamentaria se realizará la sucesión testada, concertando su aplicación con la de la intestada dicha; lo mismo que cuando falte la condición puesta ó la institución de heredero ó éste muera antes que el testador ó repudie la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer; y, por último, cuando el heredero instituído sea incapaz de suceder. En este sentido más amplio debe entenderse el inciso del primer párrafo del art. 658, «y á falta de éste» refiriéndose al testamento en su aplicación.

Las tres formas de sucesión *testada*, *intestada* y *mixta* del artículo 658 son producto de la combinación de dos factores, como causas únicas determinantes de la sucesión *mortis causa*: *la voluntad* y *la ley*.

Como en todo acto jurídico, la creación de la voluntad que la produce no es eficaz sino en cuanto guarda perfecta armonía con la ley que regula sus formas y determina la extensión de sus efectos (4).

En este doble sentido de *forma* y *contenido*, la ley interviene también en la sucesión testada; respecto de la *forma*, porque sólo cuando se cumplan todas las solemnidades y requisitos externos en las disposicio-

(1) 14, tit. 3.º, Part. VI.

(2) Expresado en la ley 7.ª Dig. *De regulis iuris*: «*ius nostrum non patitur eundem in paganis, et testato, et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est (testatus et intestatus).*»

(3) Sección 5.ª, cap. II, tit. 3.º, lib. II, arts. 806 á 822.

(4) Núm. 4, cap. 19.º, t. II, 2.ª edic.

nes testamentarias tienen éstas validez (1); y en cuanto á su contenido ó extensión, porque esta voluntad sólo es ilimitada, para la libre disposición, cuando el testador carece de herederos forzosos que acrediten en su sucesión derecho á legítima.

42. Esas tres formas son, en la composición, contenido y nomenclatura del Derecho civil, de las que se califican de actos de *última voluntad* ó disposiciones *mortis causa*; pero no debe desconocerse que alguna vez otros de los denominados *intervivos* se aplican á fines sucesorios, aun dentro de nuestras leyes, tanto de Castilla como forales, antes y después del Código civil, ofreciendo con ello casos ó modalidades de una nueva especie ó forma de *sucesión contractual*, siempre excepcional y más ó menos perfecta en algunos casos (2).

Por el art. 177 (3) se declara «que el adoptante no adquiere derecho alguno á heredar al adoptado y el adoptado tampoco lo adquiere á heredar fuera de testamento al adoptante, á menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado á instituirle heredero», y que «esta obligación no surtirá efecto alguno cuando el adoptado muera antes que el adoptante». No puede ser más manifiesta la existencia de una especie de pacto de sucesión futura, según hicimos notar en otro lugar (4).

Ese mismo sentido de *sucesión contractual* ofrecen respecto de las *mejoras* los arts. 825, 827 y 831, en cuanto disponen:

El 825, que ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple ó sea 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; con lo cual se da por supuesto que el contrato de donación *inter vivos* puede ser instrumento adecuado para la ordenación de una mejora en que se entienda convertida aquélla, siempre que la acompañe la declaración del donante de su voluntad de mejorar; pero en este caso, más que una forma directa propiamente de sucesión contractual, parece que no se trata sino del antecedente de una donación *inter vivos*, otorgada por contrato por un padre ó ascendiente á sus hijos ó descendientes que, para adquirir la equivalencia legal de mejora, es pre-

(1) Arts. 678, 704, 715, etc.

(2) «La validez de los contratos pende fundamentalmente, no de su forma, sino de las condiciones internas de su celebración, no siendo la forma especial de los contratos, sino una obligación más para los contratantes derivada precisamente de la concurrencia de aquéllas, á diferencia de lo que acontece en los testamentos, en los que no basta pretender justificar la voluntad de un testador por medios, procedimientos ó requisitos que no sean los estrictamente establecidos en la ley.» (Memoria anual de 1899, elevada al Gobierno por el ilustrado Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, D. José de Aldecoa, hoy digno presidente de dicho Tribunal, en cumplimiento á la primera de las disposiciones adicionales del Código civil.)

(3) Núm. 22, letra c, cap. 27.º, t. V de la 2.ª edic.

(4) Idem.

ciso que la acompañe esa declaración por parte del donante de que su voluntad al otorgar aquella donación entre vivos y contrato fué la de mejorar al descendiente, quedando en duda, por los términos generales del artículo, si dicha declaración, *de una manera expresa*, ha de consignarse en el contrato de donación *inter vivos*, en cuyo supuesto será un verdadero caso de *sucesión contractual*, ó si, aparte del precedente de la donación, esa declaración de la voluntad de mejorar ha de constar en la última disposición ó testamento del padre, en cuya hipótesis no constituye verdadera *sucesión contractual*, sino que la mejora resulta ordenada en el testamento en que aquella declaración se hizo, si bien con aplicación á una donación otorgada en vida, dando lugar á una regla que observar respecto de la donación y partición de la herencia.

El 827, al disponer que la mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, á menos que se haya hecho por capitulación matrimonial ó por *contrato oneroso* celebrado con un tercero, lo que prueba que la *forma contractual* es apropiada, según el Código, para el otorgamiento de mejoras, que son al fin instituciones *mortis causa*.

El 831, en cuanto dispone, «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 los legítimos y de las mejoras hechas en vida por el finado», porque, entonces, dentro de esta hipótesis, el título de la sucesión *mortis causa* por mejora es un caso de verdadera *sucesión contractual*, puesto que la facultad de disponer de los bienes del cónyuge difunto el supertite, á su prudente arbitrio, ó de mejorar á los hijos comunes, arranca del *pacto* que declara válido este artículo, establecido en las *capitulaciones matrimoniales* de los padres, y no puede decirse *ascendientes*, á pesar de referirse á las mejoras, porque se trata de los *cónyuges* como otorgantes de las capitulaciones matrimoniales y del *viudo* ó *viuda* que sobreviva de ellos, á la vez que de los *hijos comunes*.

El art. 1.056, del cual hace excepción expresa el 1.271, que es el general prohibitivo de pactos sobre herencia futura, constituye un verdadero caso, más que de *forma contractual*, que puede no serlo; si no interviene la aceptación de los adjudicatarios, y, en su consecuencia, se crean á favor de los mismos ó de terceras personas derechos que sean producto de un *consentimiento* opuesto á la revocabilidad de las disposiciones *mortis causa*, un acto *inter vivos*, que puede ó no ser revocable, según que falte ó no dicha circunstancia, y que se refiere al supuesto de que el testador hiciera por *acto entre vivos* la partición de sus bienes, la cual se declara obligatoria en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos.

El 1.057 también debe ser mencionado aquí, en cuanto determina que el testador podrá encomendar por acto *inter vivos* ó *mortis causa*, para después de su muerte, la simple facultad de hacer la partición á cualquier persona que no sea uno de los coherederos; y si bien esto no es propiamente un caso de *sucesión contractual*, puesto que no se instituyen los sucesores en el contrato, sino que el testador ó mandante se limita á encargar á un tercero la simple facultad de hacer la partición de su herencia para después de su muerte, al fin éste es un *pacto* genéricamente *sucesorio*, puesto que á la ejecución de la sucesión se refiere y puede tener notable influjo en su práctica y consecuencias.

Dada la amplitud de términos del art. 1.315 (1), y puesto que facultá á los que se unan en matrimonio que puedan otorgar sus capitulaciones *antes* de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente á los bienes presentes y *futuros*, sin otras limitaciones que las señaladas en el Código, dichas estipulaciones pudieran referirse á *pactos sucesorios*, ya con relación á sí mismos, ya con relación á la descendencia, ó á terceras personas, y de carácter singular, como el legado ó la donación, ó universal, como la institución de heredero. Pero para entenderlo así no hay que olvidar que entre esas limitaciones señaladas en el Código están las genéricas del art. 1.316, en relación con el 1.255, y la especial del 1.271, pár. 2.º, en cuanto que los dos primeros no autorizan á los otorgantes de capitulaciones matrimoniales para estipular nada contrario á las leyes y regulan la libertad de los contrayentes para establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente bajo la misma restricción, y la especial del 1.271, que en su segundo párrafo prohíbe todo género de contratos «sobre la *herencia futura*, fuera de la excepción del art. 1.056» (2).

De todas suertes, al permitir el art. 1.315 que en las capitulaciones matrimoniales se estipulen las condiciones de la sociedad conyugal relativas á los bienes *presentes* y *futuros*, parece que en éstos pueden ser comprendidos los que ulteriormente adquieran los cónyuges por herencia ó legado, si, por ejemplo, se pactara la comunidad absoluta de dichos bienes presentes ó futuros entre los contrayentes del matrimonio proyectado. Esta hipótesis estuvo también reconocida y admitida en el Derecho anterior al Código civil (3), no para el caso de pactos en capitulaciones matrimoniales, sino para el de sociedad universal entre extraños, *societas omnium bonorum*.

Precisamente en este punto es evidente la novedad del Código civil,

(1) Explicado en los núms. 13 y 14, cap. 16.º, t. V, 2.ª edic.

(2) Explicado en el cap. 28.º de este tomo.

(3) Ley 9.ª, tít. 10, Part. V, 2.º pár., núm. 8.º, letra i, núm. 12, cap. 10.º, t. III, 1.ª edic. y IV de la 2.ª.

que, admitiendo en el art. 1.671 la sociedad universal como una de las especies de este contrato, la define en el 1.672 limitando su objeto sólo á los bienes presentes ó á todas las ganancias, es decir, respecto de éstas, puestó que no las califica de *presentes* como los bienes, y se dice *todas*, también las futuras, debiendo entenderse por tales, no la adquisición de nuevos *bienes futuros* por cualquiera de los socios, sino los aumentos, productos ó beneficios que los presentes tuvieran, y hasta los productos obtenidos por los futuros, según acaba de ponerlo en claro el segundo párrafo del art. 1.674, que, refiriéndose á la sociedad universal, dice: «puede también pactarse en ella la comunicación recíproca de cualesquiera otras ganancias; pero no pueden comprenderse los bienes que los socios adquieran posteriormente por herencia, legado ó donación, aunque sí sus frutos».

Resulta, por tanto, modificado esencialmente el *criterio legal* de nuestro Derecho anterior en este punto por el Código, subordinado al principio prohibitivo del art. 1.271 de no considerar objeto lícito de los contratos la *herencia futura*, acerca de la cual será *nulo* cualquier contrato, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate, lo cual confirma el carácter fundamental de este artículo 1.271 y queda predominante un criterio de prohibición que nos parece superior al del Derecho anterior, según observamos en otro lugar (1).

Ahora bien: la posibilidad legal de hacer lo contrario en las capitulaciones matrimoniales, deducida de la amplitud de términos del art. 1.315 en cuanto á la facultad de estipular los contrayentes las condiciones de la sociedad conyugal relativamente á los bienes presentes y *futuros*, y la confirmación de esta selección afirmativa que se observa en la aplicación especial, expresa y terminante del art. 831, ¿constituirá una excepción del precepto prohibitivo general del art. 1.271 y sus concordantes 1.672 y 1.674, ó será tan sólo una antinomia ó contradicción, producto de cualquier descuido ó falta de unidad de criterio en los redactores del Código? Nos inclinamos á creer que es lo primero, ó sea que la doctrina del Código puede entenderse de este modo: el precepto fundamental y la regla general de la materia es el *prohibitivo* del segundo párrafo del 1.271 respecto de todo pacto ó contrato sobre *herencia futura*, que no sea el de practicar entre vivos la división del caudal conforme al art. 1.056, y aplicaciones de este criterio, en una concordancia de absoluta conformidad, los expresados arts. 1.672 y segundo párrafo del 1.674, inspirados en el mismo sentido de prohibir que los bienes futuros, como los adquiridos posteriormente por alguno de los socios, por herencia, legado ó donación, no las ganancias ó frutos,

(1) Núm. 44, cap. 19.º, t. III, 1.ª edic., y IV de la 2.ª

puedan ser objeto de ningún contrato de sociedad universal; y la *excepción* la del art. 1.315 y su concordante 831, respecto de pactos en las capitulaciones matrimoniales, que pueden ser válidos aunque se refieran á bienes *futuros* de los contrayentes ó en los términos de la hipótesis especial á que se contrae dicho art. 831 (1).

Á esto hay que agregar, otras disposiciones del propio carácter excepcional y permisivo de formas más ó menos tácitas de *sucesión contractual*, relacionadas con la materia de capitulaciones matrimoniales, las cuales pueden resultar del art. 1.331, en relación con el 1.333. Autoriza el primero que «los desposados puedan darse en las capitulaciones matrimoniales hasta la décima parte de sus bienes presentes, y respecto de los *futuros*, sólo para el caso de muerte, en la medida marcada por las disposiciones de este Código referentes á la sucesión testada»; y el 1.333 declara que *no es revocable* la donación hecha por razón de matrimonio sino en ciertos casos, ninguno de los cuales es el de la hipótesis de haberse otorgado donación respecto de los bienes futuros sólo para el caso de muerte, ó sea el supuesto del expresado art. 1.331, por donde resulta que de ser válida aquella donación del 1.331, aunque remitida á bienes futuros y sólo para el caso de la muerte, en tal supuesto esta disposición *mortis causa*, anticipada en las capitulaciones, pierde el carácter ordinario de *revocabilidad* de los de su clase y viene á constituir, no sólo una excepción del precepto prohibitivo del art. 1.271, que establece la nulidad de todo contrato sobre herencia futura, si que un verdadero caso de *sucesión contractual*, aunque siempre con el carácter excepcional de esta materia, proscrita generalmente en el Código civil para el Derecho de Castilla.

Atendidos los textos legales, no pueden incluirse desde luego en la anterior enumeración de *excepciones* del principio prohibitivo del art. 1.271, como formas ó especies más ó menos directas de *sucesión contractual*, las donaciones *mortis causa*, las cuales, lejos de tener la consideración contractual para el Código, establece el art. 620 del mismo, que: «las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante, participan de la naturaleza de las disposiciones de *última voluntad*, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria», mientras que en el 621 se lee que «las donaciones que hayan de producir *sus efectos entre vivos*, se regirán por las disposiciones generales de los *contratos* y *obligaciones* en todo lo que no se halle determinado en este título».

Cierto es que la materia de donaciones es asunto del título 2.º del libro III, consagrada á los diferentes *modos de adquirir la propiedad*, entre los cuales el primero de los artículos, ó sea el 609, menciona como

(1) Explicado en el cap. 17.º de este tomo.

una especie de dichos modos la *donación*; pero, aparte de esta equivalencia legal de *modo de adquirir*, que á la donación y por consecuencia de ciertos contratos mediante tradición y que á la sucesión testada ó intestada también otorga dicho art. 609, esto no obsta á lo que importa poner en claro para los fines de estas indicaciones, cual es, si, en efecto, la donación *mortis causa* tiene en algo consideración de *contrato*, puesto que el mismo art. 620 emplea la frase, *participan* de la naturaleza de última voluntad, induciendo á creer el verbo *participar* que no es esa sola su naturaleza jurídica, y, además, si bajo este concepto hay *compatibilidad* ó *incompatibilidad* entre la forma jurídica del *contrato* y las *instituciones sucesorias por causa de muerte* en el Derecho español común ó de Castilla, según el Código civil. Si lo primero, claro es que las especies de dicha sucesión *testada*, *intestada* y *mixta*, ya explicadas, y que enumera el art. 658, son las *únicas* legales. Si lo segundo, deberá añadirse, aunque determinando sus limitadas aplicaciones, otra especie más, que sería la *forma contractual* en su mayor ó menor grado, aplicada á la sucesión por causa de muerte.

Hay otros dos preceptos del Código que ofrecen aparente relación con esta materia, y, sin embargo, se refieren á aplicaciones distintas.

Es el uno el art. 635, en cuanto se inspira en un sentido de prohibición que parece el mismo del segundo párrafo del art. 1.271. El 635 dice que la donación no podrá comprender los *bienes futuros*, y que por *bienes futuros* se entienden aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación; pero el 1.271 establece que la *herencia futura* no podrá ser objeto de contrato, aparte de la excepción del artículo 1.056. ¿Significan la misma cosa uno y otro precepto? Entendemos que no, puesto que el art. 635 lo que prohíbe es que quien no es dueño todavía de bienes, que en lo futuro pueden ser suyos, disponga de los mismos por vía de donación antes de que sobrevenga el ingreso de ellos en el patrimonio del donante. Es, sencillamente, negar el ejercicio del *ius disponendi* á quien no lo tiene, porque falta el dominio preexistente de modo necesario al ejercicio de esta facultad sobre determinados bienes, por título de donación ni por otro alguno que produzca enajenación. Ni siquiera es ésta igual á la especie de la donación *mortis causa*, porque en ella los bienes no son *futuros*, sino que existen en el patrimonio del donante al tiempo de otorgarse la donación, aunque su eficacia, mediante su consumación, está remitida á la época de la muerte del donante, que es cuando será efectiva la donación, si se conservan las especies ó bienes en que la donación consistiera, y no ha sido antes revocada, ya que *participa* de la naturaleza de la disposición *mortis causa*, según el art. 620.

Son cosas distintas el supuesto y la regla del art. 635 y del citado 1.271.

Lo que sí constituye una concordancia, por excepción, de dicho art. 635, es el 1.331 del Código, según se ha dicho, en cuanto contra la prohibición legal de aquél reconoce la posibilidad legal de donaciones matrimoniales de bienes futuros, sólo para el caso de la muerte y en la medida marcada por las disposiciones del Código referentes á la sucesión testada; es decir, un caso excepcional de permitir la ley el uso de un *ius disponendi* de bienes que todavía no se poseen por la parte donante y que en este concepto se califican de *futuros*, pero remitiendo la cuantía de la donación para determinar su validez y eficacia al tiempo de la muerte de aquél, exclusivamente, y en la medida de las disposiciones del Código referentes á la sucesión testada, ó lo que es igual, según decimos en otro lugar (1), todo lo que quepa dentro de la libre disposición de bienes que por testamento puede hacer el esposo donante, según los derechos legitimarios que otras personas tuvieran á la sucesión por testamento, al tiempo ó en la fecha de su nacimiento y de abrirse, por consiguiente, su sucesión *mortis causa*.

43. Pero en el Derecho de Castilla, ni antes (2) ni después del Código civil, puede decirse, á diferencia de lo que sucede en el Derecho foral (3), que la regla jurídica general, en este punto de los *pactos sucesorios*, ó de la aplicación de la forma jurídica del *contrato* á las disposiciones *mortis causa*, ó mejor, del *Derecho de sucesión* por causa de muerte, sea *permisiva*, y sí, por el contrario, *prohibitiva*, de modo expreso, por el terminante precepto del segundo párrafo del art. 1.271, antes transcrito.

Otra concordancia, en fin, que ha de registrarse aquí, es la del art. 1.036, párrafo primero, en cuanto al prescribir que la «colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos, si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente... salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa», resulta que puede también celebrarse un verdadero *pacto sucesorio* entre el padre y el hijo ó entre el ascendiente y descendiente ó viceversa respecto á la parte de libre disposición que aquel precepto hace legalmente posible, otorgando el uno al otro una donación por todo ó parte de su equivalente, para que no perjudique á la legítima de los demás, disponiendo que tal donación no sea colacionable y el pacto, no obstante su calidad de *sucesorio* y de no estar comprendido en la única excepción permitida del art. 1.056, por el párrafo segundo del 1.271 ser perfecto y eficaz.

Su explicación es tan sencilla como precisos sus términos. Sobre la *herencia futura* no se pueden celebrar *contratos*; ó lo que es lo mismo,

(1) Núm. 34, cap. 20.º, t. V, 2.ª edic.

(2) LL. 1.ª, tít. 2.º y 33, tít. 11, Part. VI.

(3) Según se expresa en los lugares correspondientes de este tomo.

la *forma contractual* es incompatible con las expectativas sucesorias, *mortis causa*, que no pueden someterse al influjo regulador de las obligaciones contractuales. No es excepción de esta doctrina la del art. 1.531, relativa á la venta de una herencia, porque, según explicamos en otro lugar (1), no es una *herencia futura*, sino una *herencia*, en la cual está ya causada jurídicamente la sucesión por la muerte del testador y la aceptación del heredero, que después la enajena ó cede. A esa se refiere dicho precepto; que, por esto, es perfectamente conciliable con el antes citado del 1.271.

44. Resulta, en conclusión, que teniendo igual fuerza legal que el párrafo segundo del art. 1.271, todos los que á título de *concordantes* quedan enumerados, siendo más bien *discordancias* de aquél, á pesar de lo terminante de su texto, declarando que «sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al art. 1.056», á esta *única* excepción por él mencionada, hay que agregar las demás que aquéllos expresan, mostrándose con eso lo defectuoso é incongruente del texto legal del Código transcrito.

### ART. III

#### RÉGIMEN VIGENTE

##### § 1.º

#### Criterio de transición.

45. REGLAS DE DERECHO.—Las que con carácter general para todas las materias comprendidas en el Código se contienen en las *generales* 1.ª á 4.ª y 13.ª de las transitorias y en las especiales de la segunda parte de la 2.ª, y en la 12.ª, como *especiales* para la sucesión *mortis causa*.

##### § 2.º

#### Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.

46. ENUMERACIÓN DE LAS APLICABLES Á LAS MATERIAS DE ESTE CAPÍTULO.—Son dichas fuentes:

- 1.ª El art. 658 del Código civil, antes inserto y explicado.
- 2.ª Los demás artículos concordantes del mismo, que se dejan explicados.

(1) Núm. 15, cap. 21.º, t. IV, 2.ª edic.

## SECCIÓN SEGUNDA

EL DERECHO DE SUCESIÓN «MORTIS CAUSA», SEGÚN LOS HECHOS Y LAS LEYES, EN SU CONSIDERACIÓN HISTÓRICA GENERAL Y EN LA ESPECIAL CON RELACIÓN Á ESPAÑA, COMPRENDIENDO LAS PROVINCIAS FORALES.

## CAPÍTULO III

SUMARIO: **Resumen histórico GENERAL del Derecho de sucesión «mortis causa».**

- Art. I. RAZÓN DE PLAN.—1. Referencias.—2. Utilidad de este estudio.
- Art. II. EL DERECHO DE SUCESIÓN «MORTIS CAUSA» EN LOS TIEMPOS PREHISTÓRICOS, PROTOHISTÓRICOS Ó PRIMITIVOS Y PUEBLOS DE LA EDAD ANTIGUA.—3. Tiempos prehistóricos. 4. Tiempos protohistóricos.—5. Oriente. (6, 7 y 8. India, Egipto y pueblo Hebreo). 9. Grecia. (10 y 11. Esparta y Atenas). — 12. Roma.—13. Los Celtas.—14. Los Germanos.—15. Los Eslavos.
- Art. III. EL DERECHO DE SUCESIÓN «MORTIS CAUSA» EN LOS TIEMPOS MEDIOEVALES.—16. Época bárbara.—17. El Cristianismo.—18. La sucesión *mortis causa*, según el Derecho islámico.—19. El Feudalismo.—20. Los Municipios.—21. La Iglesia.
- Art. IV. EL DERECHO DE SUCESIÓN «MORTIS CAUSA» EN LOS TIEMPOS MODERNOS.—22. Período de transición y época de la Monarquía.—23. La revolución.—24. Tiempos actuales.

### ART. I

#### RAZÓN DE PLAN

1. En los dos capítulos anteriores se estudia el *concepto* del Derecho de sucesión *mortis causa* y sus *especies*, conforme á los *principios*, y en el presente y siguiente ha de considerarse según los *hechos* y las *leyes*. Es decir, el Derecho de sucesión *mortis causa* en la *Historia*, ó sea en las principales fases de su evolución histórica, en cuanto es verdadero complemento del régimen de la *propiedad* y de la organización de la *familia*, como un aspecto y aplicación de aquél y como una resonancia de ésta.

Así es, que cuanto queda dicho en orden al estudio histórico del