

sucesor, apartando de la herencia á los otros, «con algún tanto de tierra, poca ó mucha», y para este caso á los hijos así apartados, dicha ley 7.<sup>a</sup> establece que los padres no puedan «poner gravamen, vínculo, sumisión ni restitución en aquella tierra raíz con que hacen la dicha apartación y exclusión; porque en la tal tierra de apartación sucede en lugar de la legítima y de los bienes debidos» (1).

La ley 8.<sup>a</sup> del mismo título reglamenta la sucesión intestada bajo el principio de troncalidad en los términos ya extractados (2), y que se detallan más adelante (3).

Á las *reservas* se refieren las leyes 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, título 20, y la 9.<sup>a</sup>, título 21, pero bajo el predominio del principio de troncalidad (4).

Se registra también una especie de *viudedad foral*, cuyos caracteres circunstanciales, limitada en *cantidad* y en *tiempo condicional*, anotamos en otra parte (5), y una doctrina peculiar á Vizcaya relativa á la *comunidad de bienes* entre marido y mujer cuando muere uno de ellos dejando hijos del matrimonio, y cómo se han de partir cuando no los tengan (6), siempre bajo el influjo del fuero de *troncalidad*.

(1) Núm. 37, cap. 11.º, t. V, 2.<sup>a</sup> edic.

(2) Idem, id.

(3) Cap. 36.º de este tomo.

(4) Núm. 37, cap. 11.º, t. V, 2.<sup>a</sup> edic., y cap. 37.º de este tomo.

(5) Núm. 63, cap. 33.º, t. V, 2.<sup>a</sup> edic.

(6) Núm. 43 y 64, cap. 33.º, ídem, íd., y cap. 30.º de este tomo.

## TÍTULO PRIMERO

### DE LA SUCESIÓN TESTADA (LEGISLACIÓN COMÚN)

#### SECCIÓN PRIMERA

##### A. DE LA CONSTITUCIÓN DE LA SUCESIÓN TESTADA ORDINARIA

### CAPÍTULO V

#### SUMARIO.—De la sucesión testada ordinaria.—Su constitución.—EL TESTAMENTO Y SUS ELEMENTOS PERSONALES.

##### Art. I.—DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca del TESTAMENTO Y DE SUS ELEMENTOS PERSONALES.*—1. Referencias.—2. Concepto legal del testamento en el Derecho de Castilla anterior al Código civil.—3. Elementos *personales* del testamento. 1.º Testador (testamentifacción activa). 2.º Heredero (testamentifacción pasiva); incapaces absolutos, relativos é indignos; efectos jurídicos de la capacidad y de la indignidad. 3.º Legatarios.

§ 2.º *Jurisprudencia anterior al Código civil*—4. Testamentifacción activa. Doctrinas generales.—5. Testamentifacción activa de religiosos.—6. Testamentifacción pasiva: heredero. Doctrinas generales.—7. Testamentifacción pasiva de religiosos y comunidades religiosas.—8. Incapacidades para suceder.—9. Testamentifacción pasiva: legatario.

##### Art. II.—CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Texto.*—10. Concepto legal del testamento.—11. Elementos personales. 1.º Testador (testamentifacción activa). 2.º y 3.º Heredero y legatario (testamentifacción pasiva).—*a.* Incapaces absolutos.—*b.* Incapaces relativos.—*c.* Indignos.—*d.* Disposiciones comunes á la incapacidad y á la indignidad para suceder *mortis causa*.

§ 2.º *Jurisprudencia según el Código civil.*—12. Testamento.—13. Testamentifacción activa.—14. Testamentifacción pasiva.—15. Incapacidad relativa para suceder.—16. Criterio de transición.

§ 3.º *Explicación.*—*A.* CONCEPTO LEGAL DEL TESTAMENTO.—17. Su explicación.—18. Sus caracteres.—19. Definición del testamento.—*B.* ELEMENTOS PERSONALES DEL TESTAMENTO.—20. El testador y el sucesor *mortis causa* (heredero ó legatario).—21. Base *décimoquinta* de la ley de 11 de Mayo de 1888.—22. I. El *testador*: capacidad para testar: criterio legal.—23. Por razón de la edad: regla legal, explicación y crítica.—

24. Capacidad para testar de la mujer casada.—25. Idem del extranjero.—26. Idem de la mujer española casada con extranjero.—27. La capacidad para testar, por la edad, es perfecta, sin que la limiten razones de patria potestad, tutela ú otra análoga.—28. Capacidad por razón del cabal juicio.—29. La capacidad para testar del demente en intervalo lúcido, ¿es aplicable á toda clase de testamentos?—30. Rectificación más sistemática del orden de los artículos relativos á esta materia.—31. Duración de los intervalos lúcidos.—32. Incapacitados accidentalmente.—33. Presunción de validez de los testamentos otorgados en la última enfermedad.—34. La capacidad para testar en relación á la prodigalidad, según el Código, y respecto de otras causas de falta de testamentifacción activa, conforme al antiguo Derecho.—35. La testamentifacción activa en relación á los extranjeros.—36. Idem respecto á los religiosos profesos.—37. La testamentifacción activa es exclusiva de las personas individuales ó naturales, y no corresponde á las jurídicas ó sociales.—38. II. El sucesor *mortis causa* (heredero ó legatario).—39. La sucesión *testada* no es siempre sinónima de *hereditaria*.—40. Predominio absoluto de la voluntad del testador en cuanto al carácter de los designados, aunque no haya empleado la palabra *heredero*, ó haya hecho designaciones en términos generales, en favor de parientes, pobres, etc.—41. Regla general de la testamentifacción pasiva y elementos que la integran.—42. Tiempo en que ha de existir la capacidad para suceder.—43. Testamentifacción pasiva de las personas jurídicas y en especial de las de carácter religioso: explicación del art. 746 en relación con el 38, ambos del Código civil.—44. Resumen de reglas legales que de ellos se deducen.—45. Espíritu del Derecho anterior en este asunto.—46. Precedentes parlamentarios.—47. Sentido de la jurisprudencia.—48. Reforma de la primitiva edición del Código, y otras opiniones y precedentes sobre la materia.—49. Testamentifacción pasiva de otras entidades ó personas jurídicas.—50. Testamentifacción pasiva del Estado.—51. Testamentifacción pasiva del alma del testador.—52. Supuestos especiales de testamentifacción pasiva de establecimientos públicos y oficiales, y de pobres, en general.—53. Incapacidad para suceder *mortis causa* ó falta de testamentifacción pasiva: sus causas.—A. INCAPACIDADES ABSOLUTAS. 54. *Primero*. Criaturas abortivas (no concebidos y no nacidos).—55. *Segundo*. Corporaciones y asociaciones no permitidas por la ley.—56. *Tercero*. Personas inciertas.—57. Conclusión.—58. Concordancias especiales.—B. INCAPACIDADES RELATIVAS. 59. Su distinción.—60. Explicación de los casos de incapacidad relativa para suceder *mortis causa*, que enumera el Código.—61. El confesor en la última enfermedad, su iglesia y parientes.—62. El tutor.—63. El notario autorizante.—64. Testigos en el testamento.—65. Testigos en testamentos especiales.—66. Limitaciones para suceder por razón de cuota.—C. 67. LA INDIGNIDAD EN LA SUCESIÓN *mortis causa*.—68. Precedentes del Derecho anterior y su comparación con el Código.—69. Explicación de cada una de las causas legales de indignidad, según el Código.—70. Efectos de la indignidad sobre la legítima.—71. Idem del conocimiento por el testador de la causa de la indignidad, al tiempo de hacer el testamento, ó de su remisión posterior en documento público.—72. Doctrinas comunes á la incapacidad y á la indignidad: regla general de nulidad de toda disposición en favor de incapaz; *persona interpuesta* y su equivalencia jurídica con la *simulación*; sistemas de presunción y de prueba en cada caso; concordancia especial con esta doctrina de la relativa á instrucciones reservadas hechas en sustituciones fideicomisarias.—73. Tiempo de la incapacidad y de la indignidad; aplicaciones á los no nacidos y concebidos ó no, según el lugar, forma de su institución ó llamamiento.—74. Regla general de capacidad para suceder con relación al tiempo.—75. Dúdas de aplicación de dicha regla con relación á los no nacidos al tiempo de la muerte del testador.—76. Idem á las personas jurídicas.—77. Otras aplicaciones especiales de aquella regla, más que excepciones.—78. Efectos de restitución de bienes y responsabilidades del heredero ó legatario, por consecuencia

de la declaración de incapacidad ó indignidad.—79. Prescripción especial de la acción para promover la declaración de incapacidad.—80. Personas á quienes compete su ejercicio en diferentes supuestos.

Art. III.—RÉGIMEN VIGENTE.

§ 1.º *Criterio de transición*.—81. Reglas de Derecho.

§ 2.º *Resumen de fuentes del nuevo Derecho civil común*.—82. Enumeración de las aplicables á las materias de este capítulo.

## ART. I

### DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL

#### § 1.º

#### Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil, acerca del TESTAMENTO y de sus ELEMENTOS PERSONALES.

1. Los *principios*, respecto de la noción jurídica del testamento van incluidos al tratar de la especie de sucesión que se llama *testada* (1), y en la explicación del *concepto* de éste y sus *caracteres*, según el Código civil (2).

2. En cuanto al *Derecho anterior al Código civil*, acerca de esta materia, las indicaciones tienen que ser muy limitadas, pues carecería de interés de actualidad la reproducción total de la doctrina en un Derecho de pronunciado carácter *formal*, como el de sucesión *mortis causa*, y fuera de puntos relacionados con la *explicación* del Código, que se consignan en cada uno de sus lugares correspondientes de la misma.

El concepto legal del testamento se establece en el Código doctrinal de las Partidas (3), y, entre otras, es curiosa la reflexión que se consigna en el Proemio de la Partida VI al decir: «testamento es una de las cosas del mundo en que más deuen los omes auer cordura quando lo fazen, é esto es por dos razones: la una, porque en ellos muestran qual es su postrimera voluntad, e la otra, porque después que lo han fecho, si se muriesen, non pueden tornar otra vez á endereçarlos, nin á facerlos de cabo» (4).

(1) Núms. 3 al 22 inclusive, cap. 2.º de este tomo.

(2) Núms. 17 al 19 de este capítulo.

(3) L. 1.ª, tít. 1.º, Part. VI.—*Testatio et mens*, son dos palabras del latín, que quier tanto dezir, en romance, como testimonio de la voluntad del home. E destas palabras fué tomado el nome del testamento. Ca en él se encierra ó se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo face; estableciendo en él su heredero e departiendo lo suyo en aquella manera quel tiene por bien que finque lo suyo, después de su muerte...

(4) Merecen consignarse algunas interesantes acepciones que, sobre la palabra

3. Los *elementos personales* del testamento son: *testador* y *heredero* ó *legatario*.

1.º *Testador*.—La regla general de capacidad para la testamentifacción activa fué, según la ley de Partida (1), la edad de catorce años y doce, respectivamente, para varones y hembras, la cual subsistió con esta diferencia hasta el proyecto de 1851 (2), sin otra excepción que la del Fuero Juzgo (3), que facultó al mayor de diez años, de cualquier sexo, para testar en caso de enfermedad grave con peligro de muerte.

Algo, aunque poco más numerosas, fueron las excepciones ó incapacidades para testar, que después desaparecieron por leyes, como las de

*testamento*, anota Luigi Palumbo, en su erudito libro *Testamento romano e testamento longobardo*, págs. 2 á 4.—Lanciano, 1892.

»En el Derecho romano como en el moderno, indica generalmente un acto unilateral é irrevocable, que regula la delación de una herencia.

»Pero en la carta diplomática está usada alguna vez por *donación*.

»Otras veces está tomada por cualquier contrato, como en la antigua versión latina de la *Sagrada Escritura*, donde no indica la última voluntad sino una convención.

»En el mismo *Antiguo y Nuevo Testamento* significa *contrato*.—Fumagalli, *Delle istituzioni diplomatiche*, II, pág. 323.

»Una restitución de los bienes hecha en 992 por el Conde Guillermo á los monjes de San Cesáreo Arelatense, llama *testamentum*.—Fumagalli, ob. cit., pág. 159,—*e le testamentum du comte Guillaume*.—Du-Cange, *Glossarium*, VI, v. *testamentum*.

»Con esta voz son también indicados los privilegios del Romano Pontífice: «*privilegia siquidem Romanorum Pontificum quasi quaedam ipsorum testamenta credenda sunt nec á mortis textatoris expirant, sed potius ab ipsa contrahunt firmitatem*».—Du-Cange, *idem*.

»Justiniano, en las *Instituciones*, deriva *testamento* de las palabras *testatio mentis: testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est*—pr., 2, 10.

»La misma etimología repite Teófilo en su *Paráfrasis*—tit. X, pr.

»El primero que la acogió fué Servio Sulpicio, jurisconsulto contemporáneo de Cicerón; pero Aulio Gellio la declara falsa, lo mismo que la mayor parte de los escritores modernos.—VII, 12.

»Igual puede decirse de alguna otra contenida en un pasaje de San Isidoro: *testamentum, quia valet post testatoris monumentum*.—Isid., *Orig.*, V, 24.

»*Testamentum* viene de testar, que quiere decir prestar testimonio, en general, y hacer testamento, en particular.

»En este segundo sentido ya existía primero en las leyes de las XII Tablas, porque en la tabla V de dichas leyes, dice: «*si intestato moritur*», y esta forma negativa supone necesariamente la positiva, *testatus*, en el sentido de un hombre que había hecho testamento.

»En los documentos (cartas y escrituras) de la Edad Media, en vez de *testamentum*, solía hallarse la locución *littera* ó *epistolae testamentales*, y es que entonces la última voluntad solía venir concebida en forma epistolar; pero no era exclusivo de los testamentos, sino también de la donación, mandato y otros actos jurídicos.»

(1) 13, tit. 1.º, Part. VI, inspirada en la 5.ª, tit. 1.º, lib. XXVIII, Dig.

(2) Art. 600.

(3) L. 10, tit. 5.º, lib. II.

Toro y Recopiladas (1), las cuales, en armonía con el sistema espiritual iniciado por el Ordenamiento de Alcalá, borraron de nuestro Derecho reminiscencias conservadas del romano y otorgaron la capacidad para testar, por ejemplo, á los hijos de familia, aunque estuviesen sometidos á la patria potestad, sin limitar su aptitud á las excepciones de los peculios castrense y cuasi castrense, y á los condenados á la pena de muerte natural ó civil, y menos subsistió la de los herejes, incompatible con el espíritu de las costumbres y con el estado social moderno de respeto á la libertad de conciencia, sancionado más tarde en nuestras dos últimas Constituciones.

También desapareció la prohibición, de antiguas leyes, conformes con el Derecho canónico, impuesta á los Prelados para testar *intuitu Ecclesiae*, después que el Concordato de 1851 (2) les permitió testar, con la sola excepción de los ornamentos y pontificales reservados á su sucesor en la Diócesis; así como se alzó la prohibición impuesta á los religiosos profesos, á quienes en algunos casos les otorgaba capacidad la ley Recopilada (3), cuando no hacían vida conventual, y después (4) se reconoció la testamentifacción activa á todos los religiosos secularizados y á los exclaustros desde la fecha de la secularización ó exclaustro, así como á las monjas, aunque siguiesen haciendo vida regular en los conventos que se dejaron subsistentes, todo con retroacción á la fecha de 8 de Marzo de 1836.

2.º *Heredero*, ó sea el sucesor á título universal, que tenga *testamentifacción pasiva*.—No obstante que en el uso de las escuelas y en el lenguaje de los juristas se tiene por sinónima de la capacidad para suceder *mortis causa* la frase de *testamentifacción pasiva*, en rigor gramatical sólo puede traducirse por *capacidad para suceder por testamento*, pero no cuando la sucesión *mortis causa* fuese *abintestato*, por lo cual siempre que se use aquella dicción de *testamentifacción pasiva* por la fuerza del hábito profesional de su empleo, ha de entenderse que no por eso se desconoce su impropiedad léxica, y que las más acertadas, generales y comprensivas son la de capacidad para adquirir por testamento ó sin él ó para suceder *mortis causa*.

La *testamentifacción pasiva* ó capacidad para suceder, se determinaba, en sentido inverso, por las prohibiciones de la ley concernientes á los incapaces absolutos ó relativos y á los indignos; según que los primeros no podían suceder por título ni en cantidad alguna, en ningún testamento, los segundos, no en todos los testamentos ó con limitación de

(1) 3.ª y 4.ª, t. 18, lib. X, Nov. Rec.

(2) Art. 32.

(3) 9.ª, tit. 27, lib. I, Nov. Rec.

(4) Ley de 29 de Julio de 1837, art. 38.

cuota ó cuantía, y los últimos, á virtud de causas y circunstancias especiales, que les colocaban en una situación de *indignidad* respecto á sucesiones especiales.

Del mismo modo que desaparecieron, por las leyes de Toro y Recopiladas, muchas excepciones para la testamentifacción activa, según antes se ha dicho, dejaron de subsistir para la testamentifacción pasiva, como los condenados á muerte civil, herejes y apóstatas, así declarados por tribunal eclesiástico, según lo establecía alguna ley (1), y los regulares profesos y monjas á quienes de antiguo (2) estaba negada la testamentifacción pasiva, que recobraron con la activa por la citada ley de 29 de Julio de 1837 (3).

Eran incapaces *relativos* para suceder, los hijos naturales, los espúreos, los sacrílegos y los que se titulaban nacidos de *dañado y punible ayuntamiento* (4), que, según la ley 9.<sup>a</sup> de las de Toro, eran aquellos por cuyo nacimiento incurría la madre en pena de muerte natural según

(1) 4.<sup>a</sup>, tít. 3.<sup>o</sup>, Part. VI.

(2) L. 10, tít. 5.<sup>o</sup>, lib. III, F. R.—Sobre la base de lo que tenemos consignado en la Parte general—núms. 4 á 8, cap. 11, t. II, 2.<sup>a</sup> edic.—acerca de la capacidad civil de las comunidades religiosas y religiosos y religiosas profesos, individualmente considerados, conviene recordar aquí que en el Derecho anterior al Código civil, por lo que se refiere á nuestros Cuerpos legales, exceptuado el de las Partidas, se negó á los religiosos la capacidad de heredar, estableciendo, por ejemplo, en la ley citada del Fuero Real, lo siguiente: «Defendemos que ninguno non pueda mandar sus cosas... á ome de religión.» Por el contrario, el decreto de Cortes de 26 de Junio de 1822, que fué derogado en 1823, restablecido en 27 de Enero de 1837 y confirmado por la ley de 29 de Julio del mismo año, otorgó á los religiosos y religiosas la capacidad para suceder ex testamento y abintestato desde la fecha de su secularización, pero sin efecto retroactivo respecto de las sucesiones adjudicadas ya á otras personas, extendiéndose ese beneficio, por aquella última ley, á las monjas que continuaran en los conventos que quedaron abiertos desde el 8 de Marzo de 1836. En sentido opuesto, el real decreto de 19 de Septiembre de 1867 declaró que, en virtud del Concordato de 1851, no podían los religiosos testar ni recibir herencias; y luego, sobrevinieron en esta materia todas las vicisitudes legales que se mencionan en el lugar citado del tomo II de esta obra, siendo afirmativo de dicha capacidad para suceder de religiosos y religiosas, con arreglo al artículo 38 de la ley de 29 de Julio de 1837, el sentido en que se pronunció la jurisprudencia, como lo prueba la sentencia de 31 de Diciembre de 1878, inserta en el núm. 7 de este cap.

(3) Que, según declaró el Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de Octubre de 1860, el art. 38 de aquella ley no fué derogado ni modificado en cuanto á la capacidad de adquirir los regulares individualmente por sucesión testada ó intestada, por los artículos 30, 35 y 41 del Concordato de 1851, que ninguna novedad introdujeron en este punto; así como también es de anotar aquí que, según la sentencia de 11 de Diciembre de 1861, en virtud del Concordato de 1851, que concedió á la Iglesia la facultad de adquirir, debe reputarse legal y válida cualquiera disposición testamentaria en su favor.

(4) Esta calificación ha desaparecido en las leyes modernas y no figura para nada en el Código civil.

nuestras antiguas leyes, y que para los comentaristas no eran otros que los adúlteros y los incestuosos; y, además, el confesor del testador en su postrera enfermedad, su iglesia, convento y parientes (1), incapacidad relativa esta última que ha mantenido expresamente el Código civil.

Es de notar, como precedente, en cuanto á la usual institución del *alma* se refiere, ya con el carácter de heredero, ya con el de legatario, que ha debido su origen á la costumbre y ha tenido la consideración en la práctica de un fideicomiso en que el albacea ó el heredero cumplen las instrucciones públicas ó reservadas de un testador, en punto á sufragios ú obras piadosas en beneficio de su alma, sin que las leyes regularan especialmente esta institución, hasta que se publicó la Real Cédula de 30 de Mayo de 1830, en la cual se lee: «... Así mismo he venido en mandar se lleve á efecto y circule la soberana resolución de mi Augusto padre, en cuya conformidad, cuando los testadores dejen por herederas á sus almas, las de sus parientes, de otros cualesquiera, ó por vías de mandas ó legados señalen algunos sufragios, ó de cualesquier modo manden hacerlo, no podrán encargarse éstos á los confesores en la última enfermedad ni á sus parientes, y si fueren religiosos, ni á sus religiones ni conventos, debiendo, en los casos que se contraviniese á esto, heredar lo así dejado los parientes que, según derecho, sean herederos abintestato, y en su defecto será destituido todo á otras obras piadosas que señalarán las Justicias...»

El texto de esta disposición permite la institución del alma no sólo del testador, sino de sus parientes ú otros cualesquiera; pero prohíbe que el confesor sea el encargado de cumplir dichas disposiciones, según lo tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia (2).

Otra de las formas indirectas de testar en beneficio del alma, podía ser, la de dejar todos los bienes á los pobres, con ó sin determinación de los que habían de entenderse por tales y del lugar y residencia de los

(1) R. C. de 18 de Agosto de 1771, L. 15, tít. 20, lib. X, Nov. Rec.; Pragmática de 13 de Febrero de 1787, y R. O. de 30 de Mayo de 1830. Dicha ley Recopilada, que es el Auto acordado 3, tít. 10, lib. V de la Nueva Recopilación, es tan explícita como sigue: «La ambición humana ha llegado á corromper aun lo más sagrado, pues muchos confesores, olvidados de su conciencia, con varias sugestiones inducen á los penitentes y, lo que es más, á los que están en artículo de muerte, á que les dejen sus herencias con título de fideicomisos ó con el de distribuir las en obras pías ó aplicarlas á las iglesias ó 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 queden defraudados, las conciencias de los que esto aconsejan y ejecutan, bastante enredadas y, sobre todo, el daño es gravísimo y mucho mayor el escándalo...»

(2) Sents. 15 de Marzo y 18 de Junio de 1864 y 24 de Diciembre de 1866.

mismos, que, á falta de expresión bastante en el testamento, se verificaba por las reglas de la ley (1).

Fué problema, hasta cierto punto, en el Derecho anterior, como lo ha sido en los Códigos modernos, resuelto expresamente por unos (2) y sólo indirectamente por otros (3) que, como el español, dan, sin duda, por resolución la regla general que determina la capacidad y personalidad civil por el nacimiento. Ese fué también el criterio de comentaristas y expositores del Derecho patrio, como, por ejemplo, Antonio Gómez y Escriche. Para el primero, el que no tiene ni existencia intrauterina, no puede ser heredero ni sucesor, ni adquirir ni ejercer derechos de ninguna clase; y el segundo opina de la misma suerte, porque, según dice, «la ley defiende la sucesión del difunto á sus parientes más próximos, y la defiende, precisamente, en el acto de fallecer el propietario, porque no quiere que los bienes de la herencia permanezcan sin dueño, ni que su propiedad quede en suspenso indefinidamente; la defiende, no á los parientes futuros, sino á los que existan al tiempo de su apertura; esto es, al de la muerte del que la deja; á los que sean capaces de recogerla en el acto, y no á los que puedan venir dentro de uno, de diez ó de treinta años, aunque si existieren al tiempo de la apertura tuvieren mejor derecho...» «... y porque esto haría precaria la posesión de los bienes de las herencias, revestiría á los herederos de la triste calidad de herederos amovibles y contrariaría el espíritu de las leyes que, por dar estabilidad y firmeza á la propiedad, han inventado el sistema de las prescripciones, y crear derechos en un tiempo para destruir esos mismos derechos en otro».

Este criterio radicalmente negativo de la capacidad para suceder *mortis causa* de las personas no concebidas al tiempo de causarse la sucesión —pues el sentido de la *postumidad* es muy otro, y se refiere á los *concebidos*, pero *no nacidos*, que nacen después — fué el del Fuero Juzgo (4).

(1) 20, tít. 3.º, Part. VI.

(2) Como el portugués, que se pronuncia por un criterio general negativo en el art. 1.776 y admite en el 1.777 la excepción á favor de los póstumos descendientes en primer grado de ciertas personas vivas al tiempo de la muerte del testador, aunque el que haya de ser heredero ó legatario nazca después del plazo de trescientos días.

(3) Francés é italiano.

(4) L. 18, tít. 2.º, lib. IV, cuyo texto merece la pena de ser transcrito: «Ca muchos omes suelen contender si el ninno que es nacido e muere ayna, si puede aver la buena de su padre. E a esta entención queremos nos poner tal término. La razón de natura atal es que aquel que nasce non puede prender ninguna cosa en el mundo ante que si mesmo, que es fecho de tiniebras. Doncas ¿en qual manera puede prender el empeamiento de la luz de este mundo? E qui non puede usar de los elementos de los quales era fecho, ¿cuemo podrá aver las cosas que nol dexaron veer? ¿E cuemo avra partida de las cosas de este mundo en su muerte qui lo deviera aver si visquies, e cuemo será contado en os bivos al qual fue mas allegada la muerte que la vida? E assi en medio de la luz es luego muerto y es entrado en las tiniebras.»

En cuanto á las causas de *indignidad*, eran muy variadas y de ellas nos hacemos cargo, comparándolas con las que deja subsistentes ó modifica el Código civil (1).

Era doctrina singular también, la de los distintos efectos de la incapacidad ó indignidad para suceder, pues tratándose de la primera, la parte correspondiente al *incapaz* era adjudicada á los demás coherederos, y la del *indigno* se ordenaba su adjudicación al Estado, si bien en la práctica no se observaba, según revela la ley de 16 de Mayo de 1835, que no enumera entre ellas esa adquisición para el Estado, fuera de ciertos casos en que debía tener otras aplicaciones personales (2).

La regla general de capacidad en el heredero, ó sea la testamentifacción pasiva, exigía que la tuviera en los *tres temporales* ó fechas, á saber: la del otorgamiento del testamento, la de la muerte del testador y la de la aceptación de la herencia, á no ser que se tratara de herederos forzosos, hijos ó descendientes del testador, que, por su carácter de tales, sin duda, bastaba que tuvieran capacidad á la fecha de la muerte del mismo (3).

3.º *Legatario*.—La regla de capacidad ó de testamentifacción pasiva, respecto del legatario, se fundaba en el mismo criterio legal que la del heredero, con la diferencia de no ser generalmente precisa la aceptación del legatario, que la ley presumía, fuera del caso del legado con cargas; siéndole á aquél en todo lo demás aplicable, principalmente en las causas de indignidad para suceder.

## § 2.º

### Jurisprudencia anterior al Código civil.

4. TESTAMENTO, TESTADOR Y TESTAMENTIFACCIÓN ACTIVA (*Doctrinas generales*).—Toda disposición que no ha de tener efecto hasta después de la muerte, aunque se la dé el título de contrato irrevocable, es un verdadero testamento; y como no ha de tener efecto hasta después de la muerte del testador, puede revocarse legítimamente mientras viva (4).

Para que el testamento otorgado por el que padeció por algún tiempo demencia se presuma hecho en tal estado, mientras no se justifique lo contrario, es preciso que conste que estaba en él habitual y ordinariamente (5).

Es un supuesto equivocado el que la prueba de la demencia en el acto de testar incumbe al demandante, pues como excepción del estado habitual de

(1) Núm. 69 de este cap.

(2) L. 13 y 17, tít. 7.º, Part. VI.

(3) L. 22, tít. 3.º, Part. VI, cuya doctrina confirma, entre otras, la sentencia del Supremo de 28 de Diciembre de 1861.

(4) Sent. 7 Febrero 1874.

(5) Sent. 11 Febrero 1860.

falta de juicio del testador, la prueba de haber otorgado su disposición en un lúcido intervalo corresponde al que sostiene la validez del testamento (1).

El estatuto personal rige todos los actos que se refieran en lo civil á la persona del extranjero sujeto á las leyes vigentes en el país de que es súbdito, decidiéndose por él todas las cuestiones de capacidad, aptitud y derechos personales; y bajo este concepto, es evidente la capacidad del testador para otorgar en Orán su testamento y disponer de sus bienes á favor de sus dos hermanas, puesto que conservaba su nacionalidad de español, completas sus facultades mentales y mayor de edad de la que exige la ley 13, tít. 1.º, Partida VI (2).

Según dispone la ley 13, tít. 1.º, Partida VI, «el que fuese salido de memoria non puede fazer testamento mientras que fuese desmemoriado», de lo cual se deduce que limitada como está dicha prohibición al tiempo que durare la enajenación mental, cuando ésta cesa ó aquél se halla en un lúcido intervalo, puede entonces testar válidamente (3).

TESTAMENTO DE LOS SORDOS.—La ley 13, tít. 1.º, Partida VI, en sus especiales prescripciones para la testamentifacción de los sordos, se refiere á los totalmente incapacitados de manifestar su voluntad de otro modo que por escrito (4).

5. TESTAMENTIFACCIÓN ACTIVA DE RELIGIOSOS.—Al otorgar una religiosa su testamento se hallaba en el pleno uso de sus derechos civiles para instituir heredero y disponer libremente de sus bienes hereditales ó adquiridos con cualquiera otro título, á no ser de los que sin condición ni reserva alguna hubiese dispuesto por la escritura citada de renuncia, puesto que para ello se hallaba facultada en virtud del artículo 38 de la ley de 21 de Julio de 1837 (5).

Si en una escritura de renuncia la religiosa no sólo se reservó durante su vida el usufructo de una casa, para atender á sus necesidades, sino que también para el caso que el Gobierno, por alguna disposición especial ó general, extinguiese el referido convento, le agregase á otra comunidad ó fuese ésta dispersada, se reservó la propiedad, posesión y disfrute de la indicada casa, así como la facultad de disponer libremente de ella; instituídas en su testamento, por haber llegado este caso, en el concepto de simples particulares, las seis monjas de su comunidad, y vendiendo éstas por medio de apoderado y por escritura, con aprobación judicial, la referida casa, es válida y legal la venta, en virtud de que dichas monjas no sólo pudieron ser instituídas herederas, sino también disponer libremente de su herencia, en uso de sus derechos civiles, que igualmente les atribuyó la expresada ley de 1837 (6).

6. TESTAMENTIFACCIÓN PASIVA: HEREDEROS. *Doctrinas generales.*—Según doctrina admitida como jurisprudencia en repetidos fallos del Tribunal Supremo, en toda institución hereditaria es requisito indispensable que el instituído, y el sustituto en su caso, tengan capacidad para aceptar la herencia al cumplirse la condición impuesta por el testador.

- (1) Sent. 11 Mayo 1875.
- (2) Sent. 24 Mayo 1886.
- (3) Sent. 5 Octubre 1887.
- (4) Sent. 21 Mayo 1860.
- (5) Sent. 24 Mayo 1872.
- (6) Idem, id.

Por consiguiente, el sustituto que premuere al instituído, habiendo sido llamado directa y expresamente para cuando éste fallezca sin hijos, no puede adquirir ningún derecho, porque no ha llegado el caso de la sustitución (1).

Según las leyes 6.ª, 10 y 11, tít. 3.º de la Partida VI, los testadores deben decir paladinamente el nombre y sobrenombre de las personas á quienes instituyen herederos, ó designarlas por señales que no puedan ofrecer duda (2).

Apareciendo cierto que el actor nació á los dos meses y días después de fallecido el testador, y que es nieto de un hermano de aquél, no pueden alegar que no está señalado por el mismo, y que su persona puede equivocarse por otra para la adquisición de un legado, especialmente cuando aquél llamó á su disfrute á los nietos y biznietos de sus hermanos, sin nombrar alguno, ó designarles por su respectivo nombre y apellido (3).

La palabra *vivos* puesta por el testador al hacer un legado en favor de sus nietos y biznietos, no excluye claramente de la manda más que á los herederos que hubiesen fallecido, en su sentido propio y significación legal (4).

Estableciendo la cláusula de un testamento que los pobres á quienes el testador dejaba una limosna, no tenían recurso, acción ni derecho para pedirla, y el que lo hiciere quedare incapaz para pedir y cobrar, de que no tengan los pobres derecho para pedir, no se sigue que deje de haber quien lo tenga para el cumplimiento de la obligación impuesta á los patronos por el testador, punto á que ha atendido y previsto el Real decreto sobre Beneficencia de 27 de Abril de 1875; y es, por consiguiente, inoportuna la invocación del principio de que no puede existir una obligación sin acción recíproca, porque en este caso, aunque no la tengan los pobres, porque tal fué la expresa voluntad del fundador, hay quien con arreglo á la ley puede exigir el cumplimiento de aquélla (5).

7. TESTAMENTIFACCIÓN PASIVA DE RELIGIOSOS Y COMUNIDADES RELIGIOSAS. Los artículos del Concordato, promulgado en 17 de Octubre de 1851, invocados en el recurso, no introducen novedad alguna relativa á la capacidad de adquirir los regulares como individuos; porque, limitándose los citados arts. 30, 35 y 41 á consignar la manera en que el Gobierno ha de atender á la subsistencia de las comunidades religiosas, al modo de adquirir como tales comunidades y á sancionar el respeto á la propiedad que adquieran, no derogan el 38 de la ley de 29 de Julio de 1837, que concedió á los regulares el derecho de sucesión en los bienes hereditarios (6).

Los religiosos de ambos sexos han tenido capacidad para adquirir *ex testamento* antes y después de la ley referida de 1837 (7).

La ley 22, tít. 7.º, Partida I, en el hecho de prevenir que los abades y priores de los conventos no permitan á los religiosos tener ninguna cosa *por suya apartadamente*, sanciona el principio de que puedan tenerla en común, cuya

- (1) Sents. 28 Septiembre 1867, 15 Junio 1868, 26 Febrero 1870 y 8 Junio 1896.
- (2) Sent. 20 Octubre 1869.
- (3) Sent. 11 Julio 1877.
- (4) Idem, id.
- (5) Sent. 28 Noviembre 1887.
- (6) Sent. 4 Octubre 1860.
- (7) Sent. 8 Noviembre 1871.