

ART. II

CÓDIGO CIVIL

§ 1.º

Texto.

10. CONCEPTO LEGAL DEL TESTAMENTO.

Art. 667. El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes ó de parte de ellos, se llama testamento.

Art. 670. El testamento es un acto personalísimo...

11. ELEMENTOS PERSONALES.

1.º *Testador.* (Testamentifacción activa.)

Art. 662. Pueden testar todos aquellos á quienes la ley no lo prohíbe expresamente.

Art. 663. Están incapacitados para testar:

1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

2.º El que habitual ó accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

Art. 688 (pár. 1.º). El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad.

Art. 666. Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento.

Art. 665. Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el notario dos facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos.

Art. 664. El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.

Art. 669. No podrán testar dos ó más personas mancomunadamente ó en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.

2.º y 3.º *Hereditario y legatario.* (Testamentifacción pasiva.)

Art. 668 (pár. 1.º). El testador puede disponer de sus bienes á título de herencia ó de legado.

Art. 744. Podrán suceder por testamento ó abintestato los que no estén incapacitados por la ley.

Art. 746. Las iglesias y los cabildos eclesiásticos, las Diputaciones provinciales y las provincias, los Ayuntamientos y Municipios, los establecimientos de hospitalidad, beneficencia é instrucción pública, las asociaciones autorizadas ó reconocidas por la ley y las demás personas jurídicas, pueden adquirir por testamento con sujeción á lo dispuesto en el art. 38.

Art. 747. Si el testador dispusiere del todo ó parte de sus bienes, para sufra-

gios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación,...

Art. 748. La institución hecha á favor de un establecimiento público bajo condición ó imponiéndole un gravamen, sólo será válida si el Gobierno la aprueba.

Art. 749. Las disposiciones hechas á favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, se entenderán limitadas á los del domicilio del testador en la época de su muerte, si no constare claramente haber sido otra su voluntad.

La calificación de los pobres y la distribución de los bienes se harán por la persona que haya designado el testador; en su defecto por los albaceas, y, si no los hubiere, por el párroco, el alcalde y el juez municipal, los cuales resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran.

Esto mismo se hará cuando el testador haya dispuesto de sus bienes en favor de los pobres de una parroquia ó pueblo determinado.

a). *Incapaces absolutos.*

Art. 745. Son incapaces de suceder:

1.º Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30.

2.º Las asociaciones ó corporaciones no permitidas por la ley.

Art. 750. Toda disposición en favor de persona incierta será nula, á menos que por algún evento pueda resultar cierta.

Art. 751. La disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado.

b). *Incapaces relativos.*

Art. 752. No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, ó de su iglesia, cabildo, comunidad ó instituto.

Art. 753. Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria del pupilo á favor de su tutor, hecha antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de éste, aunque el testador muera después de su aprobación.

Serán, sin embargo, válidas las disposiciones que el pupilo hiciere en favor del tutor que sea su ascendiente, descendiente, hermano, hermana ó cónyuge.

Art. 754. El testador no podrá disponer del todo ó parte de su herencia, en favor del Notario que autorice su testamento, ó de la esposa, parientes ó afines del mismo, dentro del cuarto grado, con la excepción establecida en el artículo 682.

Esta prohibición será aplicable á los testigos del testamento abierto, otorgado con ó sin Notario.

Las disposiciones de este artículo son también aplicables á los testigos y personas ante quienes se otorgan los testamentos especiales.

Art. 674. El que con dolo, fraude ó violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero abintestato, otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho á la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido.

c). *Indignos.*

Art. 756. Son incapaces de suceder por causa de indignidad:

1.º Los padres que abandonaren á sus hijos y prostituyeren á sus hijas ó atentaren á su pudor.

2.º El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes ó ascendientes.

Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho á la legítima

3.º El que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señale pena afflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa.

4.º El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes á la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.

Cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, no hay la obligación de acusar.

5.º El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador.

6.º El que, con amenaza, fraude ó violencia, obligare al testador á hacer testamento ó cambiarlo.

7.º El que por iguales medios impidiere á otro hacer testamento, ó revocar el que tuviese hecho, ó suplantare, ocultare ó alterar otro posterior.

Art. 757. Las causas de indignidad dejan de surtir efecto, si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, ó si, habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público.

d). *Disposiciones comunes á incapacidad é indignidad para suceder mortis causa.*

Art. 755. Será nula la disposición testamentaria á favor de un incapaz, aunque se la disface bajo la forma de contrato oneroso ó se haga á nombre de persona interpuesta.

Art. 758. Para calificar la capacidad del heredero ó legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate.

En los casos 2.º, 3.º y 5.º del art. 756 se esperará á que se dicte la sentencia firme, y en el número 4.º, á que transcurra el mes señalado para la denuncia.

Si la institución ó legado fuere condicional, se atenderá además al tiempo en que se cumpla la condición.

Art. 760. El incapaz de suceder, que, contra la prohibición de los anteriores artículos, hubiese entrado en la posesión de los bienes hereditarios, estará obligado á restituirlos con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido.

Art. 761. Si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo ó descendiente del testador, y tuviere hijos ó descendientes, adquirirán éstos su derecho á la legítima.

El excluido no tendrá el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos.

Art. 762. No puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia ó legado.

§ 2.º

Jurisprudencia según el Código civil.

12. TESTAMENTO. — Es prescripción legal que la voluntad del hombre es variable hasta su muerte (1).

Si bien el testamento tiene el concepto de ley de la sucesión, conforme á la ley 1.ª, tít. 1.º, Partida VI, y al art. 667 del Código civil, es sólo para aquellas personas que traen causa del testador, pero no para aquellas otras cuyos derechos derivan de otro origen (2).

Á la par de ordenar el Código civil, por su art. 670 que el testamento es acto personalísimo, que no puede delegarse, *para lo esencial* (3), en comisarios ó mandatarios, dejando al arbitrio de terceros la institución de herederos ó legatarios, ni la designación de porciones hereditarias, faculta por el 671 que se encomiende á un tercero la distribución de las cantidades que deje en general á clases determinadas, como á los parientes, á los pobres ó á los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas ó establecimientos á que deban aquéllas aplicarse; confirmando esta última disposición los arts. 747 y 749 al dictar reglas para la distribución de los bienes hereditarios por terceras personas cuando el testador no las hubiere dado precisas al destinarlos á sufragios por su alma y á obras piadosas ó benéficas, y los 901, 907 y 992, al determinar que los albaceas tendrán las facultades que les haya conferido el testador y que no sean contrarias á las leyes; que deberán dar cuenta al Juez cuando hubieren sido nombrados para invertir ó distribuir los bienes; y que la aceptación de la herencia deferida á los pobres corresponde á las personas designadas por el testador para calificarlos y distribuir los bienes (4).

No puede apreciarse como voluntad del testador la que no aparece expresada con las formalidades y circunstancias exigidas por la ley (5).

Según tiene declarado repetidamente el Tribunal Supremo, no basta que sea indudablemente conocida la voluntad de un testador para que pueda prevalecer, si no resulta expresada en la forma requerida por la ley para que constituya un verdadero testamento (6).

La ley no distingue entre las *formalidades* y las *solemnidades* propias de los testamentos, sino que, por el contrario, emplea indistintamente una y otra palabra, por ser sinónimas y referirse ambas á la forma ó modo de hacer el otorgamiento, como así lo demuestra el art. 699 de la misma sección (7).

Según tiene declarado el Tribunal Supremo, son tan esenciales los requisitos que para la expresión de las últimas voluntades ha establecido el legisla-

(1) Sent. 10 Mayo 1898.

(2) Sent. 28 Enero 1896.

(3) Huelga este inciso, que se presta á confusión, porque ni en lo esencial ni en nada cabe apoderar para testar por otro.

(4) Sent. 1 Diciembre 1899.

(5) Sent. 7 Octubre 1904.

(6) Sent. 12 Julio 1905.

(7) Sent. 16 Febrero 1891.

dor, lo mismo antes que después de la publicación del Código, que la falta de cualquiera de ellos desvirtúa en absoluto la eficacia de dicha última voluntad, aun cuando acerca de ella no pudiera racionalmente dudarse; principio y doctrina clara y expresamente consignados en el art. 687 del Código.

Esto no obstante, cuando la cuestión versa acerca de si se han observado ó no las solemnidades legales, discutiéndose si los actos y formas que las constituyen han sucedido ó no realmente, aparte su estimación jurídica, es ésta una cuestión de hecho que los Tribunales pueden y deben resolver, apreciando los elementos de prueba aportados al juicio, sin que la impugnación de esta apreciación pueda hacerse de otra manera que la establecida en el núm. 7.º del art. 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil (1).

No pueden ser invocables en casación como infringidas las disposiciones legales referentes á solemnidades testamentarias cuando resulta prestada la conformidad al testamento cuya nulidad se solicita por actos expresos y tácitos que de modo evidente la revelan, y en tal caso, para el supuesto referido se encuentra el art. 687 del Código civil (2).

13. TESTAMENTIFACCIÓN ACTIVA.—Sin estar judicialmente declarada la incapacidad mental de una persona no puede reputársela constituida en estado permanente de demencia, ni, por tanto, darse el caso á que se refiere el art. 665 del Código civil, que autoriza al demente para testar en un intervalo lúcido, é impone al Notario, por vía de excepción á la regla general, la observancia de una formalidad especial, encaminada á patentizar ese intervalo de lucidez, cual es el deber de negar su concurso al otorgamiento, á menos que dos facultativos designados por el mismo notario reconozcan previamente al testador y respondan de su capacidad (3).

El art. 665 del Código civil se refiere clara y terminantemente á las condiciones que deben cumplirse para que un demente pueda testar aprovechando un intervalo lúcido, distintas de las reguladas en el 685, cuando el testador no se halle reconocido como demente (4).

La circunstancia de que el testador haya sido declarado judicialmente incapaz por haberle con posterioridad sobrevenido perturbación en sus facultades intelectuales, no alcanza á alterar ni modificar el estado de derecho anterior á tal declaración á fin de conceder al representante ó tutor del incapacitado y con referencia á todos los actos ejecutados anteriormente por éste, acciones que él mismo por sí no hubiera podido ejercitar, pues ni la ley consiente esa esencial modificación, ni existe fundamento legal alguno para atribuir al tutor mayores facultades que las que tendría el propio interesado.

No infringe los arts. 662 al 666 del Código civil, la sentencia absolutoria de una demanda de nulidad de testamento, por estimar que no se ha probado la incapacidad del testador en la fecha del otorgamiento sin prescindir de documento ó acto auténtico alguno que evidencie lo contrario (5).

- (1) Sent. 23 Mayo 1905.
- (2) Sent. 28 Febrero 1906.
- (3) Sent. 25 Octubre 1901.
- (4) Sent. 10 Junio 1897.
- (5) Sent. 7 Junio 1907.

Sea cualquiera el significado que se atribuya al adverbio *enteramente* que á propósito de la sordera del testador exija la aplicación del art. 697 del Código civil, no procede considerar en aquel estado á la persona de quien consta que oía hablándole ó leyéndole en voz alta, y que así lo hizo el notario en el acto del otorgamiento del testamento.

No impugnada en forma esta apreciación de prueba, ha de estarse á ella, sin que últimamente pueda alegarse que se ha infringido el citado art. 697 (1).

La ley no prohíbe que con ocasión de un testamento se contraigan obligaciones y se realicen actos permanentes y perfectos, con independencia del carácter revocable de lo que es materia propia de la testamentifacción (2).

Revelado por el testador con suficiente claridad su propósito de socorrer en primer término á sus parientes y emplear después sus bienes en la Beneficencia pública, la manifestación que consigne relativamente á su creencia de que las leyes no permiten instituir herederos á las comunidades religiosas, no afecta substancialmente á las mencionadas disposiciones testamentarias, y no puede, por tal razón, ser considerada como causa falsa determinante de la voluntad del testador (3).

Determinándose claramente en un testamento que el heredero en propiedad ha de ser el pariente más cercano y más joven, no existe fundamento racional alguno para sostener que haya incertidumbre para conocer en su caso y día la persona del heredero nombrado, por ser notorio que las referidas condiciones son muy suficientes al objeto de determinar la persona en quien concurren; no siendo dable confundir el concepto de incertidumbre, con la circunstancia de que hasta el momento no se haya inquirido y patentizado nominal y concretamente quién sea el pariente más joven y más cercano llamado á la sucesión hereditaria, como tampoco lo es establecer igual confusión entre la incertidumbre y la capacidad del heredero, y observándose esta doctrina no se infringen los arts. 661, 657, 750, 758, 763, 772 y 805 del Código civil (4).

Otorgado un testamento con las formalidades establecidas en los arts. 685 y 694 del Código, no puede estimarse que aquéllas fueron desvirtuadas por el sólo hecho de haber concurrido al otorgamiento dos médicos que afirmaron hallarse el testador en el completo goce de sus facultades; porque, aun siendo innecesaria tal concurrencia, no arguye la falta de requisitos esenciales del testamento, ni altera en modo alguno su validez, si tanto el notario como los testigos instrumentales afirmaron por sí y por su propia observación que, á su juicio, tenía el testador la capacidad necesaria para testar (5).

14. TESTAMENTIFACCIÓN PASIVA.—Según el art. 753 del Código civil, son ineficaces las disposiciones testamentarias hechas por el pupilo en favor de su tutor antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de éste; cuyo precepto, así por referirse terminantemente al pupilo y su tutor, como porque limita la libre facultad del primero para testar y la capacidad del segundo para suceder

- (1) Sent. 18 Junio 1896.
- (2) Sent. 23 Noviembre 1904.
- (3) Sent. 15 Noviembre 1907.
- (4) Idem id.
- (5) Sent. 27 Junio 1908.

por testamento, es á todas luces inaplicable al caso de que el testador no sea ni haya sido pupilo de la persona á quien favorezcan sus disposiciones (1).

15. INCAPACIDAD RELATIVA PARA SUCEDER.—Según el sentido del art. 752 del Código civil y los términos literales del mismo, el accidente que determina inmediatamente la muerte más ó menos repentina de una persona no obsta para estimar última enfermedad de la misma aquella bajo cuya influencia estaba cuando otorgó disposición testamentaria, en favor de su confesor, si no consta que posteriormente hubiese curado de ella, y sí que subsistía cuando ocurrió el accidente, aunque dicha enfermedad experimentase algunas alternativas, pues nada de ello altera los fundamentos racionales de la incapacidad declarada en el expresado artículo (2).

16. CRITERIO DE TRANSICIÓN.—Las disposiciones del Código civil no son aplicables á los testamentos anteriores á su publicación (3).

§ 3.º

Explicación.

A. CONCEPTO LEGAL DEL TESTAMENTO.

17. El art. 667 del Código civil, al decir: «el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes ó de parte de ellos, se llama *testamento*», más que de *explicación*, que no necesita el sentido literal de las palabras en que está concebido, ha sido y debe ser objeto de *crítica*.

Propende el Código en este libro, como en otros, al sistema de las definiciones de instituciones jurídicas, algunas, por cierto, tan rudimentarias y elementales, que fueron materia de humorística censura en la discusión parlamentaria.

No sería reprochable el sistema, si fuera exacto en la expresión, que las definiciones legales comprendieran de todos los elementos esenciales y característicos de cada institución; así como tampoco lo sería el que el Código hubiera prescindido de formular definiciones incompletas y superficiales, sin ningún género de valor práctico de aplicación y meramente decorativo, faltas de toda eficacia legal, cuando no propensas á producir un sentido equivocado acerca de las instituciones civiles que pretende definir.

Así sucede con el texto del citado art. 667, que no es *completo*, ni *exacto*, ni *útil*, en los términos que está concebido.

En efecto; no es *exacto*, en cuanto hace del testamento algo equiva-

(1) Sent. 3 Diciembre 1896.

(2) Sent. 25 Abril 1899.

(3) Sent. 16 Enero 1893.

lente tan sólo á una fórmula jurídica de ejercicio del poder de libre disposición de bienes, en la equivalencia, sin duda, de *modo de adquirir* que le reconoce el art. 609, atribuyendo al testamento un sentido *exclusivamente patrimonial* que, aun siendo el más visible y virtual de su aplicación, no es, sin embargo, el único, según se ha dicho anteriormente.

El testamento lo mismo puede comprender, sirviendo á las complejas necesidades de la vida civil, disposiciones acerca de los bienes, que declaraciones y derechos relativos á las personas. Es decir: lo mismo relaciones patrimoniales que relaciones ético jurídicas; tales, como cláusulas de fines piadosos, benéficos, de caridad ó de instrucción, de revelación de responsabilidades morales ó secretas de carácter personal, de reglas de conducta, consejo ó admoniciones á otras personas y de otorgamiento de promesas ó venias para la realización de ciertos actos y otros semejantes. El mismo Código ofrece en este punto la más completa demostración en diferentes concordancias de su articulado, que á este propósito pudieran citarse aquí, tales como la del núm. 3.º del art. 45, relativa á la autorización en testamento del padre del menor sujeto á tutela para el futuro matrimonio con el tutor ó sus descendientes antes de terminar la tutela y de la aprobación de cuentas; el 168, respecto de la autorización del marido, otorgada en su testamento para el caso de segundas nupcias de su viuda, á fin de que pueda conservar en ese supuesto la patria potestad, que de otro modo pierde, sobre los hijos del primer matrimonio; el 131, para el reconocimiento en testamento de hijos naturales; el 204, 206 y 207 respecto al nombramiento de tutores y protutores; y el 741, sobre la eficacia de un reconocimiento de hijo ilegítimo hecho en testamento, aunque éste se revoque después.

No es *completo* dicho texto, porque, además de demostrarlo así las anteriores observaciones, ha prescindido de la mención de caracteres especiales del testamento, de los cuales depende nada menos que su validez y eficacia, según el propio Código lo declara en diferentes artículos, y, si bien es verdad que desde este punto de vista los mismos proveen á las necesidades del concepto jurídico y legal de esta institución, como sucede con el 670, al declarar que el testamento es un acto *personalísimo* y que su formación no podrá dejarse ni en todo ni en parte al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario ó mandatario, con el 687, al disponer que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo, con el 737, al prescribir que todas las disposiciones testamentarias son esencialmente *revocables*, aunque el testador exprese su voluntad de no revocarlas, determinando estos caracteres esenciales de la institución que se llama *testamento*, es evidente que todos integran el concepto legal del mismo, y que de alguna manera deberían incluirse en su definición del art. 667 ó prescindir de formular ésta, remitiendo el con-

cepto legal de aquél al resultado de composición de los diferentes preceptos que le regulan en el Código civil.

No es, finalmente, *útil*, porque de esa definición no resulta provecho alguno ni trascendencia de aplicación, quedando reducido á un precepto vacío y estéril, de una insuficiente y vaga generalidad, sin resonancia práctica de ninguna clase, según lo prueba el que su supresión en nada perjudicaría la economía legal del Código.

Por razón de analogía, es concordante de este concepto legal del testamento el art. 620 del mismo, en cuanto dispone 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 para la sucesión testamentaria».

18. Los *caracteres* que ofrece el testamento, según diferentes artículos del Código civil, que integran su concepto legal, son los siguientes:

1.º Es un *acto jurídico*, es decir, productor de derechos y obligaciones, ó de relaciones jurídicas, por obra de la voluntad, de conformidad con la ley.

2.º Pertenece á los denominados de naturaleza *mortis causa*, en oposición á los llamados *inter vivos*, porque le inspira, como causa y supuesto de su eficacia y aplicación, la hipótesis de la *muerte* de quien lo otorga (art. 669).

3.º Es *personalísimo*, en cuanto no puede declinarse por el testador la facultad de otorgarlo en persona alguna, y, por tanto, reside en éste la capacidad especial, según la ley, para ello, que es lo que se llama *testamentifacción activa* (art. 670).

4.º Es singularmente *individual*, en el sentido de que el otorgante del testamento ha de ser *uno solo*, sin que se admita pluralidad de personas, como testadores, en un solo instrumento testamentario, habiendo desaparecido de nuestro Derecho los testamentos que se decían *mancomunados*, después del precepto terminante del art. 669 del Código, conforme al cual, no podrán testar dos personas mancomunadamente ó en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.

5.º Es *unilateral*, porque no es producto de voluntades concordadas, sino de una sola (art. 667), salvo las contadas excepciones de sucesión *contractual*.

6.º Es eminentemente *formal*, ó de *estricto derecho*, en cuanto á lo indispensable del cumplimiento de las *formas* prescritas por la ley para su otorgamiento, que no pueden faltar, sustituirse ó modificarse ni dispensarse sin que desaparezca la entidad jurídica á que da lugar el testamento, so pena de nulidad; y en este concepto se dice que es *solemne* (art. 687), y la capacidad del otorgante de un testamento ó la ineficacia en todo ó en parte de las disposiciones testamentarias, sólo tendrá

lugar en los casos expresamente prevenidos en la ley (art. 763) (1).

Este criterio, rigurosamente *formal* y *solemne*, es el que arranca acerbas censuras para el Código civil alemán al ilustre profesor Menger,

(1) Á este propósito se lee, en la Memoria elevada al Gobierno por el ilustrado Presidente de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, en 1894, este importante pasaje: «...siendo de notar que para aceptar la expresión de la voluntad del testador, no ha bastado justificar ésta de cualquier modo, sino que la ley ha exigido constantemente el empleo de determinadas formas más ó menos solemnes, según los casos, sin cuya concurrencia nunca se ha podido estimar valedera y eficaz la voluntad manifestada de otra cualquier manera. La jurisprudencia en España, lo mismo antes que después de la publicación del Código, ha interpretado nuestras leyes en dicho sentido, y las dificultades que han surgido respecto de la forma de los testamentos, sólo han consistido en apreciar, si en determinados casos se han cumplido ó no las condiciones de forma requeridas por la ley, cuestión delicadísima, porque de su resolución y acierto, no solamente penden derechos en favor de unas ú otras personas, sino reglas de interpretación de los preceptos legales que facilitan ó dificultan su aplicación para los casos sucesivos que puedan ocurrir. Ahora bien, partiendo siempre de la base firme de que sin ajustarse á los moldes establecidos por la ley, para encerrar dentro de ellos la expresión de la voluntad de un testador, no existe testamento, esta Sala, como ya he tenido ocasión de indicar en años anteriores, no ha creído que éstos sean tan estrechos que obliguen al empleo de fórmulas determinadas y sacramentales, digámoslo así, para estimar cumplidas las condiciones de cada testamento, según los casos, y mucho menos cuando el Notario que en él ha intervenido afirma bajo su fe que todas las solemnidades se han observado, aun cuando su expresión concreta y detallada sea algún tanto vaga y deficiente; pero, por la inversa, cuando supuesta esta vaguedad estima un Tribunal sentenciador por pruebas practicadas, como en un caso de este año, procedente de la Audiencia de Oviedo, que en cierto testamento abierto, otorgado momentos antes de morir por una niña de quince años, no se habían cumplido las condiciones y requisitos respectivamente exigidos en los arts. 695 y 696 del Código, ni aparecía que el Notario hubiera dado fe de su cumplimiento, como requiere el párrafo 2.º del 699, la Sala ha creído deber mantener la nulidad de dicho testamento, declarada por la expresada Audiencia de Oviedo, á pesar del cuidado que hasta ahora ha puesto de no interpretar con sentido estrecho la aplicación de los preceptos del Código que regulan las formas de los testamentos, cual lo revela otro caso resuelto en este mismo año relativo al testamento ológrafo.»

Y en la del año 1904, reiterando la doctrina, se lee: «... pudiendo asegurar desde luego que la regla más fundamental de criterio, tenida en cuenta al efecto, ha consistido en el principio de que no es suficiente que la voluntad de un testador conste más ó menos indudablemente, *si esta constancia no resulta en la forma estricta que la ley establece*, por constituir la forma en la institución jurídica de la testamentifacción la garantía de que la voluntad del testador que en ella se encierra es lo único cierto, lo único verdadero, la que real é indudablemente revela el propósito firme de disponer de sus bienes para después de su muerte en los términos que así resulten indicados; podrá discutirse si esta forma, según los casos, satisface ó no cumplidamente el objeto que el legislador se ha propuesto, ó si, por el contrario, podría prescindirse de algunos requisitos consignados como esenciales; pero la necesidad y subsistencia del principio es indiscutible, pues que de otra suerte, según ya he indicado en otras Memorias, quedaría completamente subordinada al azar de una contienda la voluntad de quien, por haber desaparecido del mundo de los vivos, ninguna explicación podría dar del alcance, trascendencia y convencimiento de propósitos, más ó menos decididos, que

cuando dice: «Todo asunto jurídico, para el que el legislador señala con necesidad algunas solemnidades costosas, se convierte por esto solo en un privilegio de los ricos y de las personas ilustradas; y aunque, como se afirma en los *Motivos* del Código alemán (257), la forma judicial ó notarial de los testamentos servirá para asegurar más y más su contenido, esta ventaja resultará útil únicamente para las clases elevadas de la sociedad, mientras se privará nuevamente á las clases bajas, en gran parte, de la libertad testamentaria, á causa de las muchas formalidades exigidas; y lo mismo sucedería con la ejecución de los testamentos, porque los ricos tendrán siempre ejecutores y los pobres no, y por eso la ejecución de los testamentos debe ser siempre encomendada de oficio á los Tribunales» (1).

Subordina este insigne escritor la crítica á una preocupación y aplicación especiales, olvidando el punto de vista fundamental.

Lo que decimos en otra parte de esta obra (2) con motivo de los contratos, puede repetirse aquí con ocasión de los testamentos: «La *solemnidad* y la *prueba* en los contratos—ñi en los actos jurídicos, en general—, no son términos sinónimos; lo primero se refiere á las *condiciones especiales externas y necesarias* para la existencia jurídica de un contrato; y lo segundo dice relación á los medios por los cuales se justifican la verdad y circunstancias de su celebración: es la misma diferencia que entre el acto que el contrato representa y la fuerza obligatoria del mismo, según que se hayan cumplido ó no las *solemnidades* de Derecho para él establecidas; todo lo relativo al *acto*, es cuestión de *prueba*; todo lo concerniente á la *fuerza obligatoria* del contrato, es cuestión de *solemnidad*, cuando de los contratos solemnes se trata y de ella se hace depender la condición jurídica de tales». Pues bien, la doctrina es la misma; pero con la agravante diferencia de que no cabe distinguir como entre los contratos, en los testamentos, diferenciándolos en *solemnes* y *no solemnes*. Todos, cualquiera que sea su especie, forma ó variedad, son *solemnes*, es decir, toman sus solemnidades como requisitos *sine qua non* de existencia legal ó validez, sin cuyo preciso é íntegro cumplimiento podrán ser en la esfera de los hechos, ciertos y verdaderos ó auténticos, mediante las circunstancias *ad probationem* que los acrediten, pero no serán válidos ni eficaces en Derecho como tales testamentos, por falta de los requisitos *ad solemnitatem*.

7.º Es esencialmente *revocable*, porque la voluntad que lo ordena,

puedan atribuírsele, y menos de la persistencia en tales propósitos que hoy se revela en la subsistencia de los testamentos que reúnen todos los requisitos legales necesarios para su autenticidad y eficacia.»

(1) *El Derecho civil y los pobres*, versión española, págs. 422 á 426.

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

mientras subsiste, puede modificarlo ó derogarlo libremente y sin traba legal alguna, tanto más cuanto que no son válidas, según el Código, las antiguas cláusulas derogatorias ó *ad cautelam* (art. 737), y en ese sentido se dice expresión de la *última voluntad* del testador, porque es la única á que la ley atribuye eficacia.

8.º Es *futuro* en cuanto á su *perfección jurídica* ó efectos, que desde su otorgamiento se entiende siempre aplazada ó remitida á la fecha de la muerte del testador, á contar de la cual es cuando aquella perfección jurídica se realiza ó completa y cuando empiezan á producirse, por consiguiente, los referidos efectos para que fué otorgado, no constituyendo hasta entonces ningún orden jurídico definitivo, sino una *espectativa* que convertirán en régimen de sucesión futura dos causas, á saber: la falta de su revocación y la muerte del testador.

9.º No es un acto *exclusivamente patrimonial* ó relativo á disposición de todos ó parte de los bienes que forman el patrimonio del testador después de su muerte, siquiera sus más usuales y frecuentes aplicaciones sean las relativas á los bienes ó derechos y obligaciones patrimoniales transmisibles, constituyendo en este sentido uno de los llamados *modos y títulos de adquirir*, porque se extiende, según hemos dicho, á todas las manifestaciones de la voluntad respecto de otra clase de relaciones ético-jurídicas ó meramente morales y sociales, si bien las de esta última clase sin la eficacia que el derecho presta á los demás; por donde resulta que en este punto, no obstante ser el testamento un acto jurídico, su contenido no siempre es *jurídico*, es decir, que resultará jurídico en cuanto á la *forma* de la especie jurídica testamentaria, pero no es forzoso que lo sea en el *fondo* de todas sus disposiciones ó declaraciones de aquella última voluntad, unas con aplicaciones directas al patrimonio, otras con aplicaciones indirectas al mismo y otras sin aplicación alguna. Tales son: respecto del primero, los actos en que directamente se dispone de los bienes en el testamento, que es el supuesto tenido en cuenta por el Código al formular su definición en el art. 667; respecto del segundo, por ejemplo, los actos de reconocimiento de hijo natural (art. 131), de autorización en el testamento del primer marido á su mujer para contraer segundas nupcias, sin perder los derechos de patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio (art. 168); y tercero, las protestas de fe religiosa, de conducta y otras semejantes.

19. Reunidos todos estos caracteres en la expresión más abreviada posible, podría definirse el testamento, diciendo: que es «un acto jurídico *mortis causa*, personalísimo y singularmente individual y unilateral, otorgado por persona con la capacidad especial legalmente necesaria, y con sujeción estricta á las formas de la ley, esencialmente revocable hasta su muerte, por virtud del cual declara *su última voluntad* acerca de la disposición de todos ó parte de sus bienes, derechos y obligacio-