

art. 1.111, visiblemente relativo á los derechos llamados personales ó personalísimos, pero no á los patrimoniales.

Dentro del referido plazo de los *cinco años* puede intentarse la acción para declarar la incapacidad de suceder del heredero ó legatario, aunque los bienes objeto de la herencia ó legado hayan pasado á los herederos, que los poseerán con el mismo vicio y bajo la natural amenaza de caducidad del ejercicio de la acción en el plazo legal indicado, si se justificara y declarase procedente, puesto que no se trata de aplicaciones civiles de carácter patrimonial sino personal.

Los efectos de este art. 762, se entienden modificados en el caso de que el incapaz lo sea por *indignidad*, cuya causa haya sido expresa ó tácitamente remitida por el testador al hacer el testamento ó después en documento público en el sentido de extinguirse esa acción de incapacidad por efecto de lo dispuesto en el art. 757, ya que la remisión borra la indignidad y no subsiste la incapacidad por esta causa.

### ART. III

#### RÉGIMEN VIGENTE

##### § 1.º

#### Criterio de transición.

**81. REGLAS DE DERECHO.**—Las principales, que pueden anticiparse como presunto resultado hipotético de la aplicación de los textos del Código, sistematizados y comprendidos en este capítulo, son las siguientes:

*Primera.* La que se deriva de los arts. 669 y 670 del Código, en la definición y concepto legal del testamento, en cuanto á su trascendencia derogatoria que otros establecen de las antiguas formas del testamento por comisario y mancomunado, que, según se explica en otro lugar (1), se regirán por la regla *segunda* de las transitorias, los de dichas especies otorgados con anterioridad á 1.º de Mayo de 1889, lo mismo en cuanto á la subsistencia de sus disposiciones, que en cuanto á la ineficacia de su modificación ulterior por los testadores que las otorgaron y fallecieron después de la misma.

*Segunda.* Será aplicable á los testamentos hechos con anterioridad á la fecha de la promulgación del Código, por testadores que fallecieron después de ella, y que contuvieran disposiciones semejantes á los supuestos á que se contraen los arts. 746, 747, 748 y 749, lo ordenado en estos preceptos de aquél, ya en punto á la capacidad de las entidades y personas jurídicas á que dichas entidades se refieran, regulada por el

(1) Cap. 6.º de este tomo.

art. 38 del mismo, ya en cuanto á la eficacia y forma de distribución de lo dispuesto para sufragios y obras piadosas, ó á favor de establecimiento público, bajo condición y con gravamen, así como á las disposiciones hechas en favor de los pobres, en general, su calificación y distribución de bienes, á tenor del criterio general de *transición*, establecido en el apartado segundo de la regla *primera*, y el especial para la materia de sucesiones de la regla *duodécima* de las disposiciones transitorias.

*Tercera.* No habiendo subsistido en la segunda edición oficial del Código, la regla de incapacidad para suceder ó falta de testamentifaccción pasiva que establecía la primera en la primitiva redacción del art. 745, antes de ser modificada ésta y suprimida aquella causa de incapacidad en la edición reformada, en rigor de Derecho, carecieron de dicha capacidad los religiosos profesos, según el Código, desde el 1.º de Mayo al 24 de Julio de 1889, si la sucesión se causó entre ambas fechas; pero, si no se hubieran originado por ello derechos en favor de terceras personas, según el testamento, por razón de sustitución ó por cualquiera otra causa, ó por apertura de la sucesión intestada, en consecuencia de aquella incapacidad de religioso profeso instituido, según la regla del Código entonces vigente, podrá aplicarse la posterior permisiva de dicha capacidad, que la edición reformada establece, aunque el testamento sea de fecha comprendida entre las dos indicadas de 1889, ya lo esté también en las mismas ó lo sea posterior la del fallecimiento del testador, porque se trata de derechos nuevamente declarados por el Código, que tendrán efecto, desde luego, conforme á la segunda parte de la regla *primera* de las transitorias, «aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique á otro derecho adquirido de igual origen».

*Cuarta.* Cualquiera otra discrepancia entre las causas de incapacidad ó indignidad para suceder, establecidas por las leyes anteriores al Código, en comparación con las determinadas por éste, no impedirá la preferente aplicación de los preceptos del mismo á todos los casos de sucesión producida por fallecimiento del causante, ocurrido después de la promulgación de dicho Cuerpo legal, aunque las fechas del otorgamiento del testamento y de los hechos que motivaron la incapacidad ó la indignidad sean anteriores á aquélla; pero, por el contrario, no se estimará aplicable el Código, en este punto, respecto de causas de incapacidad ó indignidad, establecidas por el mismo y no admitidas en la legislación anterior, dentro de cuyo régimen el testamento fué otorgado ó sobrevenido el hecho que causó la incapacidad ó indignidad, según sus preceptos, pero no conforme á la legislación precedente: todo, de acuerdo con el espíritu de las reglas *tercera* y *duodécima* de las disposiciones transitorias.

En su consecuencia, por ejemplo, si se tratase del caso de un testa-

mento otorgado con anterioridad á la fecha de promulgación del Código civil, por un pupilo en favor de su tutor, antes de aprobarse las cuentas de la tutela, á pesar de lo dispuesto en el art. 753 (1), como en el Derecho anterior no existía esta incapacidad relativa y apenas se vislumbraba un ligero germen de ella en el Fuero Juzgo, el tutor tendrá capacidad para suceder, aunque la disposición testamentaria se hubiere hecho antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de la tutela y muera ó no el pupilo ó testador después de su aprobación, en armonía, además de las citadas, con las reglas *primera* y *segunda* de las disposiciones transitorias.

### § 2.º

Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.

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

Única. Los artículos del Código civil, insertos y explicados en este capítulo.

(1) Explicado en el núm. 62 de este cap.

## SECCIÓN SEGUNDA

### A. DE LA CONSTITUCIÓN DE LA SUCESIÓN TESTADA (CONTINUACIÓN). SUS ESPECIES

## CAPÍTULO VI

SUMARIO.—De la CONSTITUCIÓN de la sucesión testada ordinaria (Continuación).  
De la clasificación de las ESPECIES ó FORMAS de testar.

Art. I.—DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de la clasificación de ESPECIES ó FORMAS de testar.*—1. De las formas de testar: su clasificación.—2. Su concepto general, por resultado de las solemnidades.—3. Nomenclatura usual de éstas.—4. Precedentes romanos.—5. Las Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, y las leyes de Toro y Recopiladas.—6. Clasificación de las formas de testar, según estas fuentes del Derecho anterior, con referencias iniciales al Código civil y explicación de cada una de ellas.—A. TESTAMENTOS COMUNES.—*a. Formas generales.*—1.º Abierto.—2.º Cerrado.—*b. Formas excepcionales.*—1.º Codicilo.—2.º Memoria testamentaria.—3.º Testamento mancomunado.—4.º Testamento con cláusula general ó especial *ad cautelam*, derogatoria de testamentos posteriores.—5.º Testamento por comisario.—6.º Testamento hecho de palabra.—7.º Testamento instituyendo fideicomiso con instrucciones reservadas al fiduciario sobre la aplicación y distribución de los bienes de la herencia.—B. TESTAMENTOS ESPECIALES.—Referencia á otro lugar.

§ 2.º *Jurisprudencia anterior al Código civil.*—7. Memorias testamentarias.—8. Testamento mancomunado.—9. Testamento con cláusula derogatoria *ad cautelam*.—10. Testamento por comisario.—11. Testamento hecho de palabra.—12. Testamento instituyendo fideicomiso con instrucciones reservadas.

Art. II.—CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Texto.*—13. Formas ó especies de testar.—A. *Subsistentes y válidas, según el Código.*—1.º Testamentos comunes.—2.º Especiales.—B. *Prohibidas en el Código.*—*a.* Testamento mancomunado.—*b.* Por comisario ó mandatario.—*c.* Memorias testamentarias.—*d.* Testamentos con cláusulas *ad cautelam*.—14. Criterio de transición.

§ 2.º *Jurisprudencia según el Código civil.*—15. Memorias testamentarias.—16. Institución ó disposición de confianza con instrucciones reservadas.—17. Criterio de transición.

§ 3.º *Explicación.*—18. Novedades que, en orden á las formas generales y excepcionales de testar, resultan del Código civil, comparadas con el Derecho anterior.—19. Crítica general.—20. Distinción única en el Código, de testamentos *comunes* y *especiales*.—21. Especies de los comunes y su concepto respectivo (ológrafo, abierto y cerrado).—22. Variedades de los especiales: indicaciones generales acerca de su clasificación y referencia á otro lugar.—23. Resumen crítico de las novedades introducidas por el Código en las formas de testar, realizadas por adición, supresión y modificación.