

sentencia ejecutoria con relación á bienes de la herencia en favor de un tercero, no puede impedir que el de éste sea satisfecho (1).

Los bienes de la herencia deben satisfacer las responsabilidades correspondientes á la misma antes de las que provengan á favor de los sucesores del testador, que, siendo herederos de éste, no pueden obtener el concepto jurídico de terceros (2).

El poseedor, como dueño de unos bienes por título de herencia, puede disponer de ellos é hipotecarlos, si bien con subordinación, aun después de inscrito el título, á que los que con él hayan contratado pierdan su derecho, si antes de transcurrir cinco años reivindica un extraño con mejor título los bienes de la herencia, á tenor de lo dispuesto en el art. 23 de la ley hipotecaria (3).

El plazo de los cinco años, según precepto terminante de la ley, ha de contarse desde la fecha de la inscripción, sin que transcurrido, quepa ya reclamación alguna en perjuicio de los que contrataron con el que tenía inscrito su derecho, cualquiera que sea la fecha del contrato dentro del referido plazo (4).

Los preceptos de la ley de 2 de Abril de 1900, sobre el impuesto de los derechos reales, no obstan al ejercicio de los derivados de un testamento entre herederos y legatarios (5).

18. EFECTOS PRIMARIOS DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO, SEGÚN SUS DIVERSAS FORMAS.

a. *Institución hecha individual ó colectivamente.*—La presunción legal de que los herederos colectivamente nombrados se consideran como si lo fueran individualmente, cesa cuando consta de modo claro que ha sido otra la voluntad del testador, y observándose esta doctrina, no es de estimar el art. 769 del Código (6).

b. *Institución de persona cierta por designación de cargo ó mediante otra circunstancia.*—El art. 772 del Código civil se refiere al modo de designarse al heredero instituido (7).

Tanto la legislación anterior al Código civil, como éste, establecen el principio riguroso de que el heredero designado en testamento debe ser persona cierta, deduciéndose de las leyes 6.^a, 11 y 13, del tít. 3.^o de la Partida VI, que persona cierta quiere decir tanto como persona expresamente señalada por el testador, aunque no lo haga por su nombre (8).

La existencia real y positiva de una persona cierta y no ignorada, es lo que requieren los artículos 772 y 773 del Código civil para la validez del nombramiento de heredero (9).

No afecta para la validez del nombramiento de heredero, el error al desig-

(1) Sent. 28 Junio 1900.

(2) Idem id.

(3) Modificado por el art. 20 de la ley de 21 de Abril de 1909 reformando la ley hipotecaria, que reduce á dos años ese plazo de cinco que ésta establecía.

(4) Sent. 30 Diciembre 1903.

(5) Sent. 19 Noviembre 1904.

(6) Sent. 8 Julio 1904.

(7) Sent. 7 Diciembre 1899.

(8) Sent. 5 Julio 1893.

(9) Sent. 21 Enero 1895.

nar el cargo del instituido, si aquel fuese meramente accidental y no afectase en lo esencial á la personalidad del heredero (1).

c. *Institución del alma.*—Según tiene declarado con repetición el Tribunal Supremo, la voluntad del testador es la suprema ley en materia de sucesiones, en cuanto no se oponga á la moral y al Derecho, y válida la institución de heredero hecha á favor del alma del testador (2).

Instituyendo el testador á su alma por su única heredera, la ineficacia, por una ú otra razón, de la voluntad de aquél en cuanto á la manera de cumplirla, no puede invalidar la expresada, pura é incondicional institución, según terminantemente se declara en la sentencia de 15 de Marzo de 1864 y se desprende de la de 11 de Enero de 1860 y 10 de Marzo de 1875 (3).

d. *Institución de usufructo ó nuda propiedad.*

Tratándose de un testamento de mancomún otorgado por dos hermanos, en el cual se limitaron éstos á instituirse recíprocamente herederos usufructuarios, reservándose, en cuanto á la nuda propiedad y disposición de mandas, el hacerlo en una memoria formada por ambos, no cabe dudar que, no justificándose la existencia de ésta, el primero de los testadores, fallecido bajo la expresada disposición testamentaria, habría muerto testado en cuanto al usufructo de los bienes, é intestado respecto á la nuda propiedad, sucediéndole su hermano en el primer concepto por voluntad del testador, y en la nuda propiedad por ministerio de la ley, si hubiese acreditado su calidad de más próximo pariente, viniendo con esto á refundirse en él el pleno dominio de los bienes hereditarios con facultad, por tanto, para disponer de ellos libremente (4).

El heredero meramente usufructuario no tiene derecho para detraer la cuarta trebeliánica y para disponer de los bienes (5).

La facultad otorgada por el testador al heredero usufructuario para vender ó gravar el todo ó parte de los bienes, no quita á la institución su naturaleza usufructuaria, ni autoriza al instituido para disponer de ellos *mortis causa* (6).

El heredero usufructuario, el de la nuda propiedad y los sustitutos, en virtud de sus respectivos derechos y responsabilidades, pueden contraer válidamente los préstamos con hipoteca que exija el cumplimiento de las cargas y obligaciones de la herencia, por lo que, aplicando esta doctrina, no se infringen la ley 13, tít. 4.^o, Partida 6.^a, ni los arts. 758, 759, 1.114, 1.857, 1.858, 510, 903, 1.064, 1.300, 1.264 y 4.^o del Código Civil, y 34 y 139 de la ley Hipotecaria (7).

Dejando el testador el usufructo de sus bienes á determinada persona é imponiendo al heredero la obligación de pagarla cierta cantidad si impugna el usufructo, debe entenderse que el mismo queda en libertad de respetarlo ó no, abonando en el último caso la cantidad fijada por el testador (8).

(1) Sent. 21 Enero 1895.

(2) Sent. 29 Mayo 1893.

(3) Sent. 17 Noviembre 1896.

(4) Sent. 19 Febrero 1896.

(5) Sent. 10 Noviembre 1897.

(6) Sent. 19 Noviembre 1898.

(7) Sent. 7 Junio 1899.

(8) Sent. 20 Diciembre 1899.

Cuando un testador autoriza á un heredero usufructuario para vender ó disponer de los bienes, si lo necesitare, sin condicionar de algún modo ó en forma determinada la manera de acreditar dicha necesidad ó limitándola especialmente, forzoso es entender que deja á los dictados de la conciencia del heredero si es ó no llegado el caso de hacer uso de dicha facultad, bien por la confianza que le inspira, bien porque así le place favorecerle, sin que esto supuesto se pueda impugnar el acto de disposición de los bienes mientras no se justifique la conducta marcadamente abusiva ó dolosa del usufructuario, pues de otra suerte se impondría éste una obligación que el testador no estableció contrariando su notoria voluntad, consignada en términos que no consienten duda alguna, de preferir para el disfrute de los bienes á la persona de este modo favorecida sobre cualesquiera otros parientes que tuviesen derecho más subordinado á la herencia; y porque la justificación de tal necesidad en cada caso, aparte su dificultad, constituiría para el usufructuario un verdadero gravamen disconforme con los términos y expresión de la cláusula de autorización, cuando no se exige en ella requisito alguno para la estimación de la necesidad, en cuyo sentido se halla informada la jurisprudencia anterior (1).

Designado por el testador un usufructuario de sus bienes, y autorizándole plenamente para vender los necesarios para pagar todas las deudas del propio testador y para atender á toda otra necesidad, sin otro requisito que la intervención de una tercera persona, sería contradictorio con la voluntad de aquél el que no pudiera el usufructuario entrar en posesión de los bienes objeto del usufructo antes de prestar caución, aun en el caso de que á ello viniese obligado, puesto que esto equivaldría á impedirle el vender bienes para pago de deudas y aun para la satisfacción de toda otra necesidad, facultad que modifica esencialmente la naturaleza del usufructo ordinario, porque en virtud de la misma puede desaparecer legítimamente en absoluto la cosa que constituye su objeto, y el heredero de la nuda propiedad sólo tiene un derecho eventual á los bienes que pudieran quedar (2).

Instituyendo el testador correlativamente y en una misma cláusula de su testamento, por heredera vitalicia á su viuda, en tanto conserve su viudez y por heredera en propiedad á una tercera persona, para después de la muerte de aquélla, claramente manifiesta su voluntad de que la herencia pase directamente de la viuda al heredero, aunque vaque por las segundas nupcias y no por la muerte de aquélla; pues si no cabe desconocer que la heredera vitalicia ha perdido al casarse el disfrute de la herencia, así como también que el testador quiso ordenar y ordenó la transmisión de la misma herencia, sin dar lugar á la sucesión intestada, que en su ánimo quedó excluida en el mero hecho de no referirse á ella en modo alguno y de instituir heredero en pleno dominio, es á todas luces manifiesto que el llamamiento de éste se refiere á cualquiera de los casos en que la institución hecha en favor de la viuda quede sin efecto, á menos de suponer, lo cual es lógica y racionalmente inadmisibles, que el testador ha querido que la herencia quede vacante desde las segundas nupcias hasta la muerte de su viuda (3).

(1) Sent. 10 Julio 1903.

(2) Sent. 31 Octubre 1903.

(3) Sent. 4 Diciembre 1903.

Habiendo facultado el testador expresamente á su heredero usufructuario para disponer en venta de los bienes del usufructo en el sólo caso de necesario para atender á su decorosa subsistencia, encargándole que no abuse de la facultad conferida, sin exigir prueba alguna de la necesidad, ni condicionar de ningún modo la forma de acreditarla, es obvio que la determinación y graduación de dicha necesidad se dejó por el testador á los dictados de la conciencia del heredero, pues aquella prueba implicaría para el mismo una obligación no impuesta por el testador, y contradictoria, por tanto, de su voluntad, denotando manifiestamente su encargo de que el primero no abuse de la amplitud de la facultad que le concede (1).

En el propio caso, es indudable que el heredero usufructuario puede otorgar una escritura de manifestación de bienes y liquidación y aceptación de herencia, consignando su derecho á usar de la expresada facultad é inscribir tal documento para acreditar en el Registro el derecho hereditario procedente del testamento, ya que se trata de la constitución del derecho real de usufructo con las condiciones expresadas.

La sentencia que para dicho fin estima la validez de la escritura y de su inscripción, y absuelve en tal respecto de la demanda de nulidad de sus respectivos contratos á los compradores de bienes del usufructo vendidos por el heredero, prescindiendo del valor de la referida escritura como partición, no desconoce con esta salvedad los arts. 910, 911, 1.051, 1.052, 1.058, 1.059 y 1.061 del Código civil, ni el 2.º, caso 1.º y 2.º, de la ley Hipotecaria, si, contra los mismos preceptos, no atribuye al heredero usufructuario el derecho de hacer por sí la partición, de suerte que sea como contrato obligatorio entre los parientes, sino sólo el de completar con la inscripción su título procedente del testamento para hacer uso de las facultades en éste otorgadas (2).

El precepto de que las acciones rescisorias y resolutorias se dan contra el tercero que haya inscrito el título de su derecho, cuando deban su origen á causas que consten explícitamente en el Registro, es ineficaz con relación á la citada demanda, siendo manifiesta la validez de las ventas por el derecho que al heredero atribuyen, no la referida escritura y su inscripción, sino sólo el testamento (3).

Legándose por el testador el usufructo vitalicio de sus bienes por partes iguales á sus hermanas, pasando el pleno dominio en la misma proporción, al fallecimiento de aquéllas á los hijos de las mismas, y ordenando á los albaceas que formasen dos lotes ó partes iguales de los bienes que *han de usufructuar* las susodichas hermanas, se infiere racionalmente que la voluntad del testador fué la de que ambas ó cualquiera de ellas que sobreviviese á la otra había de disfrutar el usufructo, y consiguientemente que sólo después de fallecer la última podía pasar el pleno dominio de la totalidad de los bienes á los hijos de ellas llamados por el testador, no constituyendo la separación de partes sino una previsión del testador para el arreglo del usufructo total durante la vida de las dos hermanas.

(1) Sent. 14 Abril 1905.

(2) Sent. 14 Abril 1905.

(3) Idem id.

Entendiéndolo así la Sala sentenciadora no infringe los arts. 513, 521, 675, 982, 983 y 987 del Código civil (1).

Disponiéndose por el testador que los bienes dejados en usufructo á su esposa, y al fallecimiento de ésta y con la misma cualidad á otra persona, pasaran en propiedad, á la muerte de ésta, á un tercero para sí, sus hijos y herederos, debe racional y lógicamente inferirse que fué la voluntad del testador, y la expresó con palabras adecuadas, instituir únicamente heredero al citado tercero, no significando la locución empleada más que la ratificación de la nuda propiedad ordenada á su favor (2).

e. Institución condicional.—No es de estimar la infracción de los artículos 675, 791, 795 y 1.114 del Código civil, cuando la Sala sentenciadora, teniendo en cuenta una serie de hechos demostrativos de su juicio, considera cumplida la condición de una institución de heredero (3).

Purificada la condición de una herencia, puede el heredero transigir sobre los bienes, cederlos y enajenarlos en la forma que mejor le parezca (4).

La disposición testamentaria que prohíbe exigir á uno de los herederos cuenta de la administración de los bienes del testador que en vida de éste tuvo á su cargo, y manda pasar por las que él voluntariamente presente, no tiene otra extensión ni alcance que el de una liberación del saldo que contra dicho heredero pudiera resultar, liberalidad que de ningún modo puede convertirse en título para reclamar sin datos ni justificación y sólo con las manifestaciones de aquél cuanto le plazca contra la herencia, exigencia contraria á la voluntad del testador en cuanto á institución y mandas, porque una y otras podrían quedar sin realidad por el exclusivo arbitrio de aquél, y además inmoral, porque con ella se atribuiría al mismo la facultad de apoderarse por sí de todos los bienes del testador, sin las obligaciones consiguientes al sucesor universal de éste (5).

Instituyendo el testador un determinado heredero con la condición de que los bienes de la herencia quedados al fallecimiento de éste se distribuyan entre aquellas de otras personas también citadas que estuviesen en mayor necesidad, esta cláusula basta por sí sola para excluir la representación de los segundos llamados que falleciesen antes que el primero, por ser preciso apreciar, al tiempo de la muerte de éste la mayor necesidad entre aquéllos; y entendiéndose así no se infringen la ley 5.^a, tít. 33, Partida VII, ni los artículos 675 y 799 del Código civil (6).

Aunque la disposición testamentaria del padre tuviera que ordenarse con anterioridad á su fallecimiento, porque ello es conforme á las leyes de la naturaleza, no produce esto el necesario efecto jurídico de hacer indispensable que la capacidad hereditaria de sus hijos estuviera completada en el momento de la muerte de aquél para que dicha disposición causara resultado legítimo, puesto que siendo de carácter resolutorio la condición á que la herencia se sujetaba, no pone obstáculo el derecho á que se espere el cumplimiento de las condiciones

- (1) Sent. 29 Marzo 1905.
- (2) Sent. 18 Noviembre 1907.
- (3) Sent. 10 Abril 1897.
- (4) Sent. 19 Diciembre 1900.
- (5) Sent. 21 Marzo 1902.
- (6) Sent. 11 Noviembre 1904.

de tal clase, si su advenimiento sobreviene, poseyendo entre tanto aquel á quien corresponda; y así como el padre entró legalmente en plena posesión de la herencia no teniendo hijos, á reserva de que hiciera tránsito al sustituto en su caso, de igual manera entran en ella los hijos, con la análoga reserva de que si no alcanzan la edad de testamentifacción, habrá llegado el de la condición resolutoria y se efectuará la transferencia al sustituto (1).

f. Institución con gravamen de restitución.—La prohibición impuesta por el testador al heredero de enajenar y gravar los bienes de la sucesión para que á la muerte de éste pasen íntegros á terceras personas, no empece la venta ó hipoteca de los mismos bienes en la parte que fuere precisa para el pago de las deudas hereditarias (2).

g. Institución hecha á plazo.—Las instituciones de herederos á día cierto ó que indudablemente ha de venir, aunque se ignora cuándo, como el fallecimiento de una persona, crean derechos transmisibles á los herederos de los instituidos desde el fallecimiento de los testadores; según tiene declarado el Tribunal Supremo (3).

h. Institución sub causa.—No es de estimar la expresión de falsa causa á que se refiere el art. 767 del Código civil, cuando se intenta derivarla de una mera hipótesis, sin base en los autos y notoriamente contradictoria de la voluntad del testador debidamente autorizada y consignada con arreglo á la ley (4).

i. Institución con cláusula penal.—No incurren los herederos en la sanción penal establecida por el testador para el caso de reclamar aquéllos oponiéndose al testamento, cuando se limitan á solicitar el cumplimiento de las disposiciones testamentarias según la interpretación y acuerdo de los albaceas, y á exigir la aplicación de la propia penalidad á uno de sus coherederos (5).

La prohibición contenida en testamento de que los herederos susciten contienda judicial sancionando aquélla el testador con la pérdida de la parte de herencia que les dejaba, no debe entenderse tan absoluta y estrictamente que, por razón de ella, no pueda un heredero perjudicado por otros coherederos ó por los albaceas, recurrir á los Tribunales en demanda de reparación cuando esta demanda se apoya en la misma voluntad del testador para pedir su cumplimiento, pues de otra suerte podría burlarse por un medio ó por otro dicha voluntad, poniendo á algún heredero en el trance de tener que consentir su infracción, lo cual revestiría además á la prohibición de un carácter de inmoralidad opuesto á los principios que informan los preceptos legales, lo mismo en materia de contratación que de últimas voluntades, y contraería la misma disposición testamentaria, ya que cuando un testador es libre para dar ó no á una participación en su herencia no se puede presumir que quiera por tal medio anular su misma voluntad (6).

19. Efectos primarios de la institución de heredero respecto del número de los instituidos.—Son inadmisibles los artículos 675 y 771 del Código civil,

- (1) Sent. 22 Marzo 1905.
- (2) Sent. 7 Octubre 1896.
- (3) Sent. 4 Julio 1896.
- (4) Sent. 29 Junio 1905.
- (5) Sent. 21 Marzo 1902.
- (6) Sent. 27 Febrero 1907.

cuando el testador designa la parte en que instituye á los herederos nombrados, y cuando respecto de los que lo son colectivamente, no resuelve la sentencia recurrida que hayan de heredar sucesiva y no simultáneamente (1).

20. EFECTOS SECUNDARIOS.

a. Derecho de acrecer.—El coheredero puede ganar por prescripción el dominio exclusivo de los bienes de la herencia, con arreglo á la ley 7.^a, tít. 14, Partida VI (2).

Si el testador no se limitó á establecer un legado en favor de algunos de sus nietos, lo cual bastaría para que el derecho de acrecer existiera, sino que llamó á los demás que pudiera tener, faltando aquéllos, añadiendo que los bienes legados quedarán reservados íntegramente y en administración hasta que los legatarios llegasen á la mayor edad, es indudable que su voluntad no fué otra sino la de que los instituidos se sucedieran entre sí, no dividiéndose los bienes legados hasta el cumplimiento de la condición impuesta, por lo que no pueden tener aplicación los artículos del Código civil referentes al derecho de acrecer en orden á la sucesión por estar subordinados á la voluntad del testador.

Entendiéndose así no se infringen los arts. 567, 568, 569, 661, 763, 777, 789, 806, 807, 809, 810, 883, 912, 913, 915, 916, 917, 918, 935, 936, 982 y 1.902 del Código civil (3).

b. Derecho de transmisión.—Sea cualquiera la interpretación que deba darse al art. 974 de la ley Procesal, en relación con el 764 y el 766 del Código civil cuando consta la existencia de disposición testamentaria, si ésta contiene una institución de herederos cuya extensión y alcance respecto á determinados bienes es materia de controversia entre las partes interesadas, no es procedente la prevención del juicio de abintestato, siquiera sea en parte del caudal relicto, porque esto implicaría la resolución de plano de lo que debe ser objeto de otro juicio, dentro del cual cabe discutir y estimar los derechos legítimos de las partes (4).

21. CRITERIO DE TRANSICIÓN.—En la distribución de la herencia de un padre natural, fallecido con posterioridad al Código civil, deben observarse los preceptos de éste, si bien cumpliendo á la vez, en lo que lo permitan sus preceptos, la voluntad manifiesta del testador (5).

Con arreglo á la regla 12.^a de las disposiciones transitorias, los derechos hereditarios han de regirse por la legislación del tiempo del fallecimiento del causante (6).

Se ajusta á dicha regla la sentencia que aplica las disposiciones del Código en el caso de presunción de muerte declarada en 1890 (7).

Abierta la sucesión de una persona el día de su fallecimiento, posterior á la publicación del Código civil, es aplicable éste, conforme á sus disposiciones transitorias 1.^a y penúltima, al pleito sobre mejor derecho á la herencia, porque

(1) Sent. 8 Julio 1904.

(2) Sent. 31 Mayo 1899.

(3) Sent. 27 Noviembre 1905.

(4) Sent. 19 Febrero 1901.

(5) Sents. 16 Enero 1895 y 29 Noviembre 1899.

(6) Sent. 9 Marzo 1897.

(7) Ídem íd.

el principio de la no retroactividad de la ley nueva sólo rige para los derechos adquiridos bajo el imperio de la antigua, y notorio es que los hereditarios no nacen hasta la defunción de la persona de cuya sucesión se trata, y estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe las leyes 11 y 12, tít. 13, Partida VI, y la disposición general de las transitorias del Código civil (1).

§ 3.º

Explicación.

22. En armonía con lo dispuesto por la *Base décimoquinta* de la ley de 11 de Mayo de 1888, según la cual en el Código «se mantendrá en su esencia la legislación vigente sobre los testamentos en general...», así como todo lo relativo... *á la institución de heredero...*», el art. 764 establece la doctrina ya consignada, como antes queda referido, en el Ordenamiento de Alcalá, y vigente á la publicación del Código, del carácter *no esencial*, aunque sí principal, de la institución de heredero, que no la hace indispensable, apartándose de la tradición legal romana, para la validez del testamento. Dice el primer párrafo del expresado artículo que «el testamento *será válido aunque no contenga institución de heredero*, ó ésta no comprenda la totalidad de los bienes, ó aunque el nombrado no acepte la herencia ó sea incapaz de heredar».

La institución de heredero no es, por tanto, un requisito *sine qua non* para que el testamento subsista; queda reducida á uno de los fines, siquiera sea el principal, de la disposición testamentaria; pero ésta tiene existencia propia, no sujeta á las vicisitudes de aquélla, que puede faltar en todo ó en parte ó, existiendo, quedar anulada por un hecho posterior, como la falta de aceptación ó la incapacidad del heredero, sin que esto afecte á la eficacia legal del testamento, que sigue produciendo todos sus efectos, fuera de aquellos que son privativos de la expresada institución.

Claro es, que la falta de la misma crea una situación de dualismo en la sucesión de la persona que no instituye heredero ó lo instituye en parte ó deja de tenerlo por falta de aceptación, por incapacidad ó por premoriencia al testador, contraria á aquel canon del Derecho romano «*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*», pues ó bien sobre la totalidad de los bienes que no hayan sido objeto de mandas ó de aplicaciones especiales, si la institución de heredero no existe, ó bien sobre la parte de ellos á que ésta no alcance, si fuere una institución parcial, es necesario abrir la sucesión intestada del causante, para que las personas que tengan derecho á la herencia por ministerio de la ley, vengan, á falta de voluntad expresa del testador, á sucederle en aquellos bienes de que él no dispuso; pero perfectamente legal, como ya lo era

(1) Sent. 24 Junio 1897.

desde la ley del Ordenamiento, criterio que explícitamente admite el Código, al decir en el art. 658, párrafo tercero, que la sucesión de una persona «podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre y en otra por disposición de la ley».

De conformidad con esto, dispone el segundo párrafo del art. 764 que «en estos casos—es decir, en los que falte total ó parcialmente la institución de heredero—se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo á las leyes y el remanente de los bienes pasará á los herederos legítimos».

23. Mantenido por el Código la buena doctrina de que la existencia y validez de la sucesión testamentaria de una persona no se halla ligada á la de la institución de heredero, hay que examinar de qué manera desarrolla en sus preceptos todo lo que á esta última se refiere.

El primer artículo de la sección segunda del capítulo 2.º, libro III, que el Código dedica á esta materia, es en realidad innecesario, y á más de innecesario, defectuoso y redundante.

En esencia, dicho artículo se reduce á consignar que el que tiene capacidad para testar, puede disponer de sus bienes por ese medio, con las limitaciones impuestas por el sistema de legítimas, que el Código establece en favor de los herederos forzosos.

Como se ve, holgaba esta declaración desde el momento que en el lugar oportuno, ó sea el destinado á desenvolver en los preceptos legales el sistema legitimario, se hacen constar las limitaciones á que éste sujeta á la voluntad del testador, en cuanto á la libre disposición de sus bienes; y claro es que fuera de estas limitaciones, aquel que con arreglo al Código tenga capacidad para testar, puede ordenar su testamento en favor de cualquiera persona.

Pero, además, el art. 763, no consigna este principio con la debida claridad y concisión. En su segundo párrafo repite por pasiva lo que dispone en el primero, y en éste hace una afirmación peligrosa é inútil, al decir que «el que no tuviere 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*». No se comprende cuál pudo ser la intención del legislador al redactar esta última frase, ni qué alcance pretendió darla.

Si con ella quiso expresar que la disposición de los bienes por causa de muerte, hecha en favor de una persona incapaz, queda sin efecto á causa de esta incapacidad, que priva al designado por el testador de adquirir los bienes objeto de la herencia, es una repetición inútil y fuera de lugar, del efecto que produce la incapacidad para suceder en cuanto á la subsistencia de la institución testamentaria, que comprende los bienes, derechos y acciones que al incapaz corresponderían, según el testamento; y si pretendió establecer una regla condicional, según la que, la

capacidad del testador se halla afectada por la del heredero, es una confusión de términos verdaderamente inadmisibles.

El que, con arreglo á la ley, es capaz para ordenar testamento puede hacerlo en favor de cualquiera persona—con las limitaciones impuestas por aquélla—tenga ésta ó no tenga capacidad para adquirir la herencia, pues ello será, en último término, causa determinante de la eficacia ó ineficacia de la institución ó disposición testamentaria que á esa persona se refiera, pero de ningún modo influirá en la capacidad del testador, ni tampoco en la validez del testamento.

Si se admite la doctrina contraria, puede muy bien ocurrir que, habiendo un testador dispuesto de sus bienes en favor de una persona incapaz en el instante de otorgar el testamento, adquiera ó recobre ésta posteriormente la capacidad que antes la faltaba, la tenga al llegar el momento de abrirse la sucesión, y, sin embargo, no surta efecto el testamento por suponerse—dado ese extraño criterio de que la incapacidad del heredero al ser instituido vicia la capacidad del testador—haber incurrido de este modo reflejo el último en causa de incapacidad legal, ¿no es esto un absurdo?

El mismo Código se contradice y en el artículo siguiente, antes examinado, declara que «el testamento será válido aunque... el nombrado no acepte la herencia, *ó sea incapaz de heredar*».

Resulta que, el precepto del art. 763 será siempre innecesario y en los términos que está redactado inadmisibles, debiéndose tener esto en cuenta, para que, en una revisión del Código, se haga desaparecer ó se le dé otra forma más científica y de mayor precisión en su contexto.

24. El *contenido* ó efectos jurídicos de la institución de heredero se determina, distinguiendo éstos, según se ha dicho, en el Derecho anterior (1), en efectos *primarios*—relativos á la *forma* de la institución y al *número* de los instituídos—y efectos secundarios, concernientes al *derecho de acrecer* y al de *transmisión*.

A. EFECTOS PRIMARIOS DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO.

25. Las reglas de Derecho *generales*, según el Código, en cuanto á dichos *efectos primarios* respecto de la *forma* de la institución de heredero, se concretan en la siguiente explicación.

26. La institución de heredero debe hacerse en tal *forma*, que resulte posible saber de un modo indudable, cuál sea la persona designada en el testamento. Importa poco que dicha designación se haga expresando el nombre y apellidos del que se instituye heredero ó indicando cualquiera otra circunstancia por la que pueda venirse en conocimiento de quién es el que por la voluntad del testador ha de sucederle con aquel carácter; lo esencial es que ésta se conozca de tal modo que no deje

(1) Núm. 5 de este capítulo.