

Admitido el testamento hecho en esa forma en el Derecho canónico, que rige en Cataluña con preferencia al romano (1), se prestó á distintas prácticas y abusos, llegando los párrocos y notarios apostólicos á dar fe, no sólo de los actos *mortis causa*, sino de toda clase de contratos.

Suele seguir cada párroco, la práctica establecida en su obispado por las Sinodales, teniendo algunos un libro de testamentos en el que escriben todos los que sucesivamente se otorgan ante ellos en un número determinado de años, ó hasta que se agota el libro de referencia, y otros, por el contrario, van uniendo los pliegos sueltos en que autorizan los testamentos y forman un legajo, dándosele el título de «*Testamentos*». De ahí, que en las Sinodales de las diócesis se encuentren algunos formularios para la redacción de los testamentos, observándose en las de Solsona que se exigían lo menos tres testigos (2). La Real Cédula ó pragmática de 29 de Noviembre de 1736, cuya observancia recordó la Sala de gobierno de la Audiencia del territorio, en circular de 11 de Julio de 1846, y la de 24 de Julio de 1755, dictan las reglas que han de observarse en la materia, ordenando que los curas, rectores ó sus tenientes, sólo han de poder autorizar testamentos ó voluntades cada uno en su distrito, territorio ó feligresía, no habiendo en ella escribano real ó numerario, haciéndolo en el papel sellado correspondiente.

Conforme con la Real Provisión de 29 de Noviembre de 1736, confirmada por otra de 1755, y la práctica y jurisprudencia observadas, el párroco, cuando no haya notario en su feligresía, puede recibir y autorizar testamentos, que serán válidos siempre que concurren dos testigos idóneos; sin que origine su nulidad el que no se extienda en papel sellado (3).

b.) El testamento común *cerrado* se entregará al notario, que firmará la cubierta en unión de los dos testigos (4) y el otorgante, y si éste no supiese firmar lo hará, á su ruego, uno de éstos.

(1) Decret., cap. 10, de Testamento, lib. III, tit. 26, que es la única disposición legal en el Derecho supletorio de primer grado en Cataluña, como lo es el Derecho canónico, que establece esta forma de testar y señala sus solemnidades y circunstancias, no prescribe entre ellas, como necesarias, las de la firma del testador y de los testigos, según virtualmente lo confirman las sentencias de 28 de Enero de 1861, 8 de Enero de 1860 y 28 de Diciembre de 1872,—insertas en los núms. 26 y 28 de este capítulo,—, que hablan de la *concurrencia* ó de la *asistencia* de dos testigos capaces, pero no de la firma de ellos ni del testador, en algunas de las cuales, además, se declara que la legislación de Cataluña en este punto debe interpretarse estrictamente.

(2) *Sint autem testes septem, vel quinque vel tres saltem.*

(3) Sents. de 28 de Enero de 1861, 23 de Noviembre de 1867, 8 de Enero de 1866 y 29 de Diciembre de 1870.

(4) La Dirección general de los Registros, en Resolución de 4 de Marzo de 1905, ha declarado:

1.º Que instituido el privilegio concedido por la Real Provisión de 29 de Noviembre de 1736, con el objeto de facilitar el otorgamiento de los actos de última voluntad en un país bastante accidentado y que tiene muchos pueblos muy distantes de la

Estos requisitos, que deben considerarse esenciales para la autenticidad del testamento, se han omitido en algunos ya publicados, dictándose con tal motivo la Real Orden de 19 de Enero de 1833, que confirmó la ley de 21 de Julio 1838, declarando válidos algunos testamentos en cuya carpeta faltaban la firma del testador y del escribano.

La apertura del testamento cerrado ha de hacerse ante el juez del partido en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil (1) que, como tenemos dicho, rige en todas las provincias, sin excepción (2).

10. TESTAMENTOS ESPECIALES.

a) *Testamento del ciego*.—Ha de considerarse como excepcional, en cuanto al mayor número ó garantía de las solemnidades externas.

Es necesaria la presencia en un solo acto de siete testigos y del notario (3), ante los que ha de manifestar el testador su voluntad, y una vez reducidas ó escritas sus manifestaciones, ha de dársele lectura para que se ratifique, firmando entonces los siete testigos presentes con el notario: de suerte que las firmas serán siempre ocho, además del signo del notario.

b) *Testamento otorgado en tiempo de epidemia*.—No se diferencia del común nuncupativo más que en la unidad de contexto, pudiendo firmarlo los testigos en distintas horas y días (4).

cabeza de distrito notarial, según lo consignado en la Resolución de este Centro de 19 de Abril de 1893, esta causa ó motivo de su publicación indica que, así como en los puntos donde no hay notario, el párroco tiene las mismas atribuciones que éste en punto á la autorización de los testamentos nuncupativos, como se declaró en la citada Resolución, de igual modo es lógico deducir de ella que en los lugares donde haya notario, corresponde á éste exclusivamente dicha facultad, y que en caso de enfermedad, ausencia, inhabilitación ó cualquier otro género de imposibilidad del mismo, procede únicamente su sustitución en la forma que determinan la ley y reglamento del Notariado.

2.º Que la facultad que por Real Provisión de 29 de Noviembre de 1736 se concede á los párrocos y sus tenientes para autorizar actos de última voluntad se halla limitada al caso de que los respectivos distritos ó feligresías no resida notario, sin extenderse á los de aquellas localidades en que tenga su residencia algún funcionario de esta clase, aun cuando éste se halle ausente ó impedido temporal ó momentáneamente de intervenir en tales actos, pues los términos claros y precisos en que aquélla se halla redactada no permiten darle esa extensión, teniendo especialmente en cuenta que el verbo *haber* que en ella se usa, es expresivo de existir y no de estar, y que, aun dado que se ofreciere alguna duda sobre este particular, la referida disposición debería ser interpretada restrictivamente, atendiendo el carácter privilegiado de la misma.

(1) Arts. 1956 y siguientes.

(2) Durán opina que la práctica, que califica de *completa*, de que cuando el otorgante del testamento cerrado no sepa firmar, firme en la cubierta del sobre uno de los dos testigos que para aquel acto se precisan, es peligrosa y debe desaparecer.—Mem. cit., pág. 173.

(3) Pár. 4.º de las Instituciones, tit. *Quibus non est permissum facere testamentum*. L. 8.ª, Cód., tit. 22, lib. VI, y sent. de 21 de Mayo de 1845.

(4) L. 8.ª, Cód. *Qui testamentum facere*. «Los testamentos del que no sabe escribir

c) *Testamento inter liberos*.—Este testamento tiene el carácter de *ológrafo*, pues basta para su validez que esté escrito y firmado por el padre que distribuya la herencia entre sus hijos, consignando la fecha de su otorgamiento (1).

Por consiguiente, no tiene ninguna solemnidad externa, debiendo únicamente resultar acreditada la identidad de la letra y firma del testador, en cuanto resulte que el padre dispone de la herencia á favor de los hijos, lo cual ha de considerarse como una solemnidad interna imprescindible. La identidad de la letra y firma del testador deberá acreditarse en la forma prevenida para el testamento ológrafo en el Código civil, que rige como Derecho supletorio (2).

d) *Testamento sacramental*.—No se halla admitido el testamento verbal en Cataluña, sino que, como dejamos expuesto, siempre ha de constar por escrito; y de ahí indudablemente ha debido originarse el testamento *sacramental*, porque no siempre es fácil al hombre, cuando trata de expresar su última y deliberada voluntad, que se consigne por escrito ante persona á quien la ley atribuye facultad para certificar de aquel acto con las solemnidades indispensables para su validez.

Á pesar de que el Fuero Juzgo fué derogado por Jaime I, los comentaristas del Derecho catalán hacen derivar la costumbre del testamento sacramental de una de las leyes de aquel Código, que trata de las mandas hechas por las personas que mueren durante alguna romería, y se considera exclusivo de los ciudadanos de Barcelona, ó de los puntos donde subsista este privilegio, como en Gerona y su diócesis, y en Tortosa.

Consiste el testamento *sacramental* en la manifestación *verbal* que pueden hacer de su última voluntad, como uno de los privilegios de que disfrutaban los ciudadanos de Barcelona y demás pueblos, así como los de Gerona, según el privilegio *Recognoverunt Proceres*, ante dos testigos, aun siendo mujeres, que juren dentro de los seis meses de estar en Barcelona, lo que con tal ánimo vieron ú oyeron decir ó escribir aquella (3).

En Barcelona el juramento ha de prestarse en el altar de San Félix, de la iglesia de Santos Justo y Pastor, llamada de Santa Cruz.

En Gerona y su diócesis se deriva este privilegio de una de las costumbres del siglo XV, recopilada por el jurisconsulto Mieres; y el jura-

— y el hecho en tiempo de peste—dice el Sr. Durán y Bas—se rigen por la legislación romana; y si el nuevo Código no admitiera estas dos formas, deben consignarse como excepción para Cataluña.» Memoria cit., págs. 175 y 176.

(1) Novela 107 de Justiniano.

(2) Por sent. de 17 de Diciembre de 1860, inserta en el núm. 29 de este capítulo, se han considerado válidos los testamentos ológrafos otorgados en Cataluña por los padres á favor de sus hijos, siempre que reúnan los requisitos que exige la Novela 107 de Justiniano.

(3) Cap. 48.º, tit. 13, lib. I, 2.º vol., Const. de Cat. *Recognoverunt Proceres*.

mento de los testigos se verifica en la iglesia del Carmen y antes en la de Santa María Lacosta.

En cuanto á Tortosa, aparece en sus costumbres el testamento sacramental, sin darle este nombre (1) y el juramento se presta ante el Juzgado.

e) *Testamento militar*.

Es el que puede considerarse más privilegiado, porque no está sujeto á ninguna clase de solemnidades; y la expresión de la voluntad se reputa testamento en cuanto se haga constar en cualquier forma. El militar, ó todo el que goce del fuero de Guerra, puede consignar su última voluntad en un papel simple firmado por él, ó de otro cualquier modo, y aun el testamento principiado á hacer con todas las solemnidades, será válido aunque no lo termine por haber sobrevenido la muerte.

La revocación del testamento militar, para que surta efecto, ha de ser expresa de lo contrario, el testamento posterior no derogará el anterior, sino en aquellas cláusulas que sean contrarias.

Como caso de anulación del testamento militar, se expresa el de la preterición de un descendiente cuya existencia ignoraba el testador (2).

11. CODICILLOS. — Como de origen romano, traducido á las leyes de Partida, subsiste en Cataluña el *codicilb*, que no se distingue del testamento más que en las solemnidades internas y en la denominación, y ha de considerarse como un apéndice ó adición testamentaria, de suerte que anulado el testamento, quedan nulos el codicilo ó codicilos que á él se referían, pudiendo otorgarse, por consiguiente, varios.

Como el testamento, el codicilo puede hacerse cerrado ó abierto, y debe reunir las mismas solemnidades externas que aquél.

No puede hacerse en el codicilo la institución de heredero, imposición de condiciones y modificación ó derogación de las impuestas en el testamento, la desheredación y la sustitución; no obstante, las instituciones y sustituciones se consideran como fideicomisos (3) y el heredero abintestato está obligado á cumplir las condiciones impuestas en el codicilo cuando no existe testamento.

(1) Cód. de las *Costumbres de Tortosa*, por B. Oliver, tit. 3.º, pág. 112.

Según el Sr. Durán y Bas, no está precisado por los tratadistas, si el privilegio de otorgar testamento *sacramental*, además de á los ciudadanos de Barcelona ó poblaciones que disfrutaban sus privilegios, alcanza á los que habitan en las diócesis de Gerona ó se limita tan sólo á los residentes en esta ciudad, y añade que letrados del país le aseguran que testamentos de esta clase se otorgaron en La Bisbal; pero Durán opina que este testamento debe desaparecer y que goza poco favor en el foro del país.—Memoria cit., pág. 176, nota 2.

También expresa que es frecuente en Cataluña comprender en un testamento la cláusula derogatoria ó *ad cautelam*.—Memoria cit., pág. 182.

(2) Inst., *De militaribus test.*, LL. 1.ª, 34.ª; y 36.ª, Dig., *De testam. instit.*

(3) Inst., pár. 2.º, *De codicillis*, lib. 6.º, Dig., *De jus Cod.*

12. TESTIGOS.—Pueden serlo en el testamento los varones mayores de catorce años que no tengan incapacidad (1).

Las incapacidades son absolutas ó relativas. Son incapaces absolutos, además de las mujeres, los condenados por falso testimonio y los que tengan una causa física que les imposibilite para dar razón, como el loco, el mentecato, el furioso, el ciego, el sordo y el mudo. Tienen incapacidad relativa los interesados, el heredero y sus parientes dentro del cuarto grado. Las causas de incapacidad han de existir en la fecha del testamento, de suerte que el testigo que entonces fuese idóneo, aunque con posterioridad incurra ó le sobrevenga una causa que le inhabilite para ser testigo, no podrá serle apreciada (2).

(1) Usag. *Nullus homo*, lib. 3.º, tit. 16, vol. 1.º

(2) Según indica el Sr. Durán y Bas, el exigirse en Cataluña, además del notario, sólo dos testigos para el otorgamiento del testamento abierto—y del cerrado—, ó sean menos que en el Derecho romano, trae su origen del Usatge *Acusatores* (L. 3.ª, tit. 16, lib. III, vol. 1.º, Const. de Cat., y de las disposiciones del Derecho canónico en el cap. 10.º, título *De testam.*, de las Decret.) En algunas diócesis puede ser mayor el número de testigos, según lo dispuesto en las Constituciones Sinodales, aunque nunca ha sido practicada esta costumbre.—Memoria citada, pág. 172 y 173.

Proyecto de Apéndice del Código civil, para Cataluña.—De las sucesiones.—(Formado sin carácter oficial por iniciativa de la Academia de Derecho de Barcelona (*), 1896.

Art. 20. La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento ó en codicilo, y en su defecto por disposición de la ley.

Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley. Queda en este sentido modificado el art. 658 del Código civil.

Art. 21. La herencia deferida en testamento se llama testamentaria, y la que se defiere por ministerio de la ley se llama legítima.

Art. 22. Tanto si la herencia es deferida por testamento, como si lo es por ministerio de la ley, los herederos deberán cumplir las disposiciones de los codicilos válidos y no revocados que haya otorgado el testador.

De los testamentos.

Art. 23. Se llama testamento el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos ó parte de sus bienes, con institución de heredero. Quedan en este sentido modificados los arts. 667 y párrafo segundo del 668 del Código civil.

Art. 24. Se llama codicilo el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de parte de sus bienes, sin institución de heredero. Los codicilos se deberán otorgar con las mismas solemnidades externas que los testamentos.

Art. 25. Cuando un testamento no pueda sostenerse como tal, por invalidarse, ó ser ineficaz por cualquier causa la institución de heredero, se mantendrán las demás disposiciones como hechas en codicilo, aunque no contenga cláusula alguna que lo prevenga.

(*) Es curioso observar que uno de los dos territorios de los forales—Cataluña y Galicia— que no han cumplido lo preceptuado por el Real Decreto de 24 de Abril de 1899, sobre la inmediata formación de los proyectos de *Apéndices* al Código civil, ha sido Cataluña, precisamente, cuando le refrenda un jurisperito catalán, tan prestigioso como lo era el Sr. Durán y Bas, á la sazón Ministro de Gracia y Justicia, habiendo consumido la Comisión varias prórrogas, la última de tres meses concedida en 4 de Mayo de 1907, que se otorgó también á Galicia, sin resultado en ambas hasta la fecha. En 4 de Mayo de 1907, se concedió á la Comisión catalana, una nueva prórroga de tres meses, sin resultado hasta la fecha.

C. Baleares.

13. PRELIMINAR. El Derecho vigente en Baleares, como *foral*, en materia de sucesiones, es sustancialmente el Derecho romano (1). Así lo tiene

Art. 26. El marido ó la mujer pueden confiar en su testamento al consorte sobreviviente la elección de herederos entre sus hijos, en la forma y con las condiciones que crea conveniente establecer.

La elección hecha por acto entre vivos es irrevocable.

Art. 27. El testador puede instituir herederos ó legatarios de confianza, y facultar á los nombrados para que, en el caso de fallecer antes de que la confianza quede totalmente cumplida, elijan quien les sustituya.

Queda sin vigor para Cataluña el párrafo 4.º del art. 785 del Código civil.

Art. 28. El testador que instituya una herencia ó legado de confianza, puede prohibir su revelación. Cuando establezca condiciones para la revelación, deberán ser fielmente cumplidas. En todo caso prevalecerá la declaración de la mayoría de herederos y legatarios de confianza, y si resultare empate, la que aparezca más conforme á la voluntad del testador.

Art. 29. Los herederos ó legatarios de confianza, mientras no la revelen, tienen el carácter de herederos ó legatarios puros.

Revelada la confianza, si por ella pasan la herencia ó el legado á otra persona, cesa aquel carácter en los que por el testamento lo tengan y lo adquiere la persona designada. Si los bienes deben repartirse en especie, ó venderse y repartirse su producto entre diversas personas ú objetos especiales, continuarán en su carácter de herederos ó legatarios los nombrados en el testamento. Si el testador no ha comprendido en la confianza el destino de los frutos percibidos antes de la entrega de los bienes, se entenderá que ceden en aumento de la herencia ó del legado, deducidos los gastos que los herederos ó legatarios de confianza hayan debido hacer por razón de su cargo.

Art. 30. Si los herederos ó legatarios de confianza declaran la voluntad en escritura pública, será irrevocable dicha declaración.

Tiene también este carácter la revelación hecha en testamento, aun cuando éste se revoque ó invalide por cualquier causa.

Art. 31. En cuanto se oponga á lo dispuesto en los artículos precedentes, no regirán en Cataluña los artículos 670, 672, y párrafo cuarto del 785 del Código civil.

De la forma de los testamentos.

Art. 32. El testamento puede ser común ó especial. El común puede ser abierto ó cerrado. Quedan en este sentido modificados los arts. 676 y 715, párrafo último, y sin vigor los 678 y la sección 4.ª del cap. 1.º, tit. 3.º del lib. III del Código civil.

Art. 33. El testamento abierto se otorgará con las formalidades establecidas en el Código civil; pero bastando que sean dos los testigos que concurran á su otorgamiento. En este sentido queda modificado el art. 694 del Código civil.

Art. 34. Si no hay Notario en el pueblo, puede el testamento común abierto otor-

(1) Es interesante la lectura de un trabajo muy estimable publicado en una revista de Menorca—Mahón, 1899—por el distinguido Abogado D. Pedro Ballester y Pons, bajo el epígrafe de *Las instituciones forales de Menorca*, cuyo espíritu propende á reducir á justos límites las especialidades forales de estos territorios, según lo revelan, desde luego, sus preguntas iniciales, que dicen así: «¿Tenemos realmente fueros civiles? ¿Los hemos tenido en algún período de nuestra historia? ¿En qué consisten nuestras especialidades legislativas y consuetudinarias?»—pág. 9—. Más adelante y bajo la rúbrica de «sistema sucesorio» opone una discreta é insinuante argumentación contra la conveniencia de que subsista y se funde el Apéndice de Derecho foral para Baleares en esta materia en el Derecho romano, págs. 13 á 16.

reconocido la jurisprudencia, al declarar (1) que «rigiendo en Mallorca las leyes romanas, en materia de sucesiones, no es necesario hacer prueba alguna sobre este particular»; y que... «la única disposición aplicable... es la establecida en la Novela 159 de Justiniano, por hallarse vigente la legislación romana en el territorio de Mallorca...» (2) Sin embargo la in-

garse ante el Cura párroco, ó quien le sustituya en su defecto, y dos testigos. Queda en este sentido modificado el art. 704 del Código civil.

Art. 35. Los testamentos otorgados ante el Cura párroco, ó quien le sustituya en su defecto, deben conservarse en el archivo de la parroquia.

Fallecido el testador, podrá cualquiera de los Notarios del distrito librar testimonio de ellos.

Art. 36. El testamento cerrado se otorgará con las formalidades establecidas en el Código; pero bastando que sean dos los testigos que concurran á su entrega. Cuando el testador no sepa ó no pueda firmar, deberá realizarlo un tercer testigo, haciéndose constar por el Notario, ó por el Párroco en su caso, que aquél lo verifica en nombre y á ruego del testador. Queda en este sentido modificado el art. 707 del Código civil.

Art. 37. El testamento cerrado quedará en poder del Notario. Quedan en este sentido modificados los arts. 711 y 712 del Código civil.

Art. 38. Bastará para la revocación del testamento cerrado que lo retire el testador del poder del Notario, haciéndose constar en acta con las mismas formalidades prescritas para la entrega. Queda sin vigor el art. 742 del Código civil.

Art. 39. El testamento ológrafo, así como las formalidades de testar prescritas en los arts. 700, 702, 703 y 704 del Código civil.

Art. 40. En los codicilos no se puede revocar la institución de heredero, ni nombrar sustitutos, ni desheredar. Las disposiciones que contengan los codicilos relativos á estos objetos se tendrán por no puestas.

Art. 41. El otorgamiento de testamento revoca los codicilos anteriores, salvo declaración expresa en contrario.

Art. 42. Las disposiciones de un codicilo posterior, salvo revocación expresa, sólo afectarán á las de los anteriores en cuanto sean incompatibles con ellas.

(1) Sents. 12 Octubre 1868, 12 Noviembre 1872 y 6 Junio 1905, insertas en el núm. 35 de este capítulo.

(2) Á este propósito hay que registrar aquí una declaración inicial y solemne, por la ocasión en que se hace y por la autoridad de las firmas que la suscriben, que es á la vez testimonio fidedigno é irrecusable de la verdad de tal práctica jurídica en el territorio balear, la luminosa exposición que precede al *Proyecto de Apéndice al Código civil para las islas Baleares*, redactado en virtud del Real decreto de 24 de Abril de 1899 por los distinguidos juristas de aquella provincia Sres. D. Pedro Ripoll, D. Pedro Sampoll, D. Miguel Ignacio Font y D. Enrique Sureda, de conformidad, si bien con la discrepancia radical de los otros dos vocales, D. Manuel Guasp y D. José Socías, en 20 de Febrero de 1903 y elevado al Gobierno en 1.º de Junio del mismo año; en cuyo preámbulo, después de invocar la autoridad de aquellas declaraciones de la jurisprudencia, antes citadas, y de encarecer la importancia y trascendencia que en la vida jurídica de un país alcanza el sistema sucesorio, se lee:

«No es maravilla, pues, que nuestra familia y nuestra propiedad hayan crecido al calor de la legislación que desde el siglo XIII ha regulado el sistema sucesorio en estas islas y que hoy de tal modo están compenetradas en las leyes romanas, de constante aplicación en este territorio, nuestra propiedad y nuestra familia que los cimientos de la sociedad balear habían de sufrir grave sacudida si, abandonando el sistema sucesorio romano, aceptásemos desde luego la legislación común. La

fluencia de lo dispuesto en la Real orden de 1837, que mencionamos seguidamente, y los términos del art. 13 del Código civil, excluyen, la primera, de esa identificación con el Derecho romano, á las solemnidades *externas* de los testamentos, dejándole subsistente en todo lo demás, como la *interna* de la necesidad de la institución de heredero y la incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada (1), y viene á confirmarlo el segundo, con el carácter de *único* supletorio que tiene dicho Código respecto de las Baleares.

14. ALGUNAS ESPECIALIDADES ACERCA DE LAS SOLEMNIDADES EXTERNAS DE LOS TESTAMENTOS.

En los testamentos otorgados por ante notario, no era preciso que los testigos se informen del contenido, ni de las manifestaciones que hace al testador. Bastaba con que el notario les entere de que han sido llamados para atestiguar que el testador otorga su última disposición, la cual queda en poder de él, y quiere que valga como tal, y si no como codicilo. Esta práctica, autorizada por la costumbre, parece que debe considerarse derogada, según consigna el Sr. Ripoll y Palóu, vocal de la Comisión de Códigos, en una Memoria escrita en virtud de lo dispuesto en el Real decreto de 2 de Febrero de 1880, sobre las instituciones de Derecho civil de las Baleares, en la que se consigna, que las solemnidades externas de los testamentos en esa región, «se declinaban en este territorio sobre ciertos usos y prácticas, ocasionadas muchas veces á abusos dignos de remedio»; y en Real orden de 30 de Junio de 1837, provocada por la Audiencia Territorial, y de conformidad con lo informado por el Tribunal Supremo, se ordenó que se cumpliesen las leyes del Reino, ó las que en adelante se promulgasen; cuya disposición no aparece en la Colección Legislativa (2); pero, además, aquella práctica es incompatible con la legislación notarial, aplicable á toda la Península.

Comisión no sólo no se atreve á arrostrar las consecuencias de un cambio, sino que estima de necesidad absoluta la conservación de nuestro Derecho privativo en orden á aquel sistema, y en tal concepto introduce la excepción de su proyecto, en orden, empero, á la sucesión testamentaria. Mas si por lo relativo á esta sucesión opina así la Comisión y entiende que no puede ceder un ápice de las posiciones que el uso constante ha venido á conquistar y ha confirmado solemnemente el Tribunal fijador de la jurisprudencia, fuente hoy complementaria del Derecho, se cree perfectamente autorizada para aconsejar cosa distinta relativamente á la sucesión intestada, porque es, á proporción tan exigua la diferencia, por lo que á esta sucesión mira, entre ambas legislaciones, la común y la especial, y tan accidentales las variantes, que el riesgo de aceptar la primera no es de aquellos que expongan á conflictos ni perturbaciones sociales, y por otra parte el exiguo inconveniente que aquel riesgo pudiera llevar consigo halla, á juicio de esta Comisión, una compensación suficiente en la satisfacción de haber contribuido en algo, siquiera sea poco, á la apetecida unidad en materia legislativa.»

(1) Que se impugna también por el mencionado Sr. Ballester y Pons en la Memoria citada, págs. 17 y 18.

(2) Martínez Alcubilla, tit. 9.º, pág. 757, 5.ª edic.

Los rectores y párrocos, según costumbre, pueden autorizar toda clase de contratos, en los sitios donde no exista notario, de lo cual se sigue que del mismo modo pueden autorizar los testamentos, aunque la Ordenanza no los cita (1).

Al efecto de moderar el rigor de los principios romanos, aceptados en Baleares, de incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada, y, más bien, de la necesidad de la institución de heredero, está admitida la *cláusula codicilar* (2), especie de fórmula de testamento imperfecto, pero

(1) Ordenanza 63: *De consuetudine longo tempore observata quod rectores ecclesiarum parochialium forensium in locis potissime forensibus in quibus abest continuus incolatus seu residentia notariorum recipiant firmas contrahentium, tam incivitate quam in dictis parochiis forensibus... talibus contractibus statur et adhibeatur plena fides.*

Proyecto de APÉNDICE al Código civil, para las Islas Baleares.—TÍTULO 3.º—De la sucesión testada.—SECCIÓN 1.ª—De los testamentos en general.

Art. 11. Las disposiciones de última voluntad que se ordenen en el territorio balear se regirán por los preceptos del Derecho común en cuanto no se opongan á lo que se establece en los artículos siguientes.

Art. 12. Todo testamento, para ser válido, deberá contener institución de heredero.

Art. 13. Pueden ordenarse codicilos, que deberán otorgarse con las mismas solemnidades externas que los testamentos.

Art. 14. La institución y sustitución de heredero directo y la desheredación, no podrán hacerse en codicilos, sino necesariamente en testamento.

Podrá, no obstante, en el codicilo, expresarse el nombre del heredero ó herederos y determinarse la porción hereditaria en que cada uno de ellos deba entenderse instituido.

Art. 15. Las instituciones fideicomisarias, los legados y demás disposiciones por causa de muerte, con excepción de las que se mencionan en el primer apartado del artículo que precede, podrán ordenarse en testamento ó codicilo indistintamente.

Art. 16. El testamento podrá contener la cláusula de que si no pudiera valer como tal, valga por codicilo ó por cualquiera especie de última voluntad.

Art. 17. Cuando un testamento tenga defectos que no sean de los que produzcan su nulidad, si contiene la cláusula permitida á tenor del artículo anterior, valdrá como codicilo y la institución de heredero subsistirá con fuerza de fideicomiso.

En este caso, el heredero estará obligado al cumplimiento de los legados y de todo aquello que se disponga en el testamento y no sea privativo de esta especie de disposiciones de última voluntad, á tenor de lo preceptuado en este Apéndice.

Art. 18. Cualquiera de los cónyuges, al dejar al otro en testamento, codicilo ó donación el usufructo del todo ó parte de sus bienes, podrá autorizarle ú obligarle á disponer de la propiedad de los mismos á favor de uno ó más de los hijos comunes ó determinados parientes del uno ó del otro. En estos casos la designación ó elección hecha en acto entre vivos será irrevocable; si se hiciere en acto de última voluntad será revocable.

Art. 19. Cuando el testador dispusiese del todo ó parte de sus bienes para sufragios ú obras piadosas ó benéficas, haciéndolo de una manera indeterminada sin especificar su aplicación, los administradores nombrados estarán facultados para dar á dichos bienes ó á su valor el destino que estimasen conveniente dentro del fin de la prescripción testamentaria.

Pero si mediase designación expresa, tanto por escrito como de palabra, los administradores se atemperarán á ella en el cumplimiento del encargo recibido.

(2) Que combate, igualmente, el citado jurisconsulto Sr. Ballester y Pons, por motivos no sólo civiles sustantivos, sino notariales. Mem. cit., págs. 17 y 18.

válido, cuyo concepto y efectos explica de modo insuperable la Comisión redactora del proyecto de *Apéndice* al Código civil respecto de este territorio, en los siguientes términos:

«Para evitar en lo posible la nulidad que la falta de institución de heredero atribuiría á los testamentos, es usual insertar en los que en las islas Baleares se ordenan la *cláusula codicilar*, ó sea la de que, si no pueden valer como tales, valgan por codicilo ó por cualquier especie de última voluntad, arregladamente á lo autorizado por las leyes del Digesto y del Código. Esta *cláusula* produce dos efectos: 1.º, que, en virtud de ella, el testamento en que falten las solemnidades necesarias para su validez, pero que tenga las que son precisas para un codicilo, se sostenga con este carácter, de manera que si no pueden valer la institución de heredero, las sustituciones, la desheredación, la revocación de la institución hereditaria hecha en testamento anterior, ni las condiciones al heredero impuestas en otro testamento, subsisten, no obstante, los legados y todas las demás disposiciones que en codicilo pueden hacerse; y 2.º, que la institución de heredero y las sustituciones se sostengan como fideicomisos y el heredero esté obligado al cumplimiento de lo que sea sostenible cuando en codicilos se ordena. Por esto, entiende la Comisión que la *cláusula codicilar* ha de conservarse del propio modo que entiende que debe subsistir el derecho de ordenar *codicilos*, otorgado por la legislación romana y usado constantemente en las islas Baleares» (1).

D. Navarra.

15. PRELIMINAR. Afirma en ocasión solemne un distinguido jurisconsulto navarro (2), que en Navarra «al menos en cuatro de las cinco Me-

(1) *Expos. de mot.* que precede al proyecto de Apéndice al Código civil para las islas Baleares.

Es útil agregar á esta información sobre el Derecho balear un pasaje que como conclusión V ofrece el informe del ilustre Colegio de Abogados de Palma, elevado al Gobierno con ocasión de la formación del Código civil. Dice así: «Los testamentos por comisario, desconocidos en el Derecho romano, no se han admitido en Mallorca, pero existe la costumbre, bastante generalizada, de que un testador imponga al heredero usufructuario ó propietario la obligación de disponer de los bienes hereditarios, por acto entre vivos ó por última voluntad á favor de determinadas personas, á su elección. Conviene conservar este fuero arraigadísimo, derogando la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo de Justicia de que, utilizada una vez la facultad en disposición testamentaria, no puede usarse de nuevo, y declarar, por el contrario, que la elección en este caso es revocable, como todo el título en que se consigne.»

Por lo que á Menorca se refiere, el Sr. Ballester y Pons afirma, Mem. cit., págs. 24 y 25, que: «hasta la promulgación del Código ha estado en observancia una especie de testamento por comisario, conociéndose á éste con el nombre de *heredero de confianza*; sin que se sepa «cómo se introdujo la institución en nuestras costumbres ni haya podido comprobarlo».

(2) Don Antonio Morales y Gómez, en su magistral Memoria con motivo de la Codificación civil, págs. 65 y 66.