

suscriban con su firma y rúbrica los instrumentos que otorgaren ante Escribano, sin que á éste se imponga la obligación de signarlos y firmarlos, y si sólo la de escribir de su puño y letra la primera y última línea, rubricando además la penúltima y última línea del mismo; y que para la validez de los testamentos no exige el Fuero de 1678 más requisitos que los indicados, pues el Fuero de 1413, *De forma instrumentorum testificandorum*, como anterior á los citados de 1528 y 1678, ha quedado modificado por las disposiciones de éstos (1).

Para que un papel privado sea tenido por testamento y última voluntad según el Fuero de Aragón, es necesario que se otorgase ante Notario ó Escribano público y dos testigos, y en defecto de aquél ante el Cura párroco (2).

El simple dicho del párroco no es suficiente para acreditar la identidad del testamento (3).

Los Fueros y Observancias de Aragón establecen las formalidades con que se han de otorgar el testamento común y los privilegiados; y que no comprendiéndose entre éstos el testamento del ciego, es indudable que debe subordinarse á las reglas y solemnidades del común, porque allí donde el Fuero no distingue no debe distinguirse; y la Sala sentenciadora, al resolver en este sentido, no infringe la ley 2.^a, tít. 18, lib. X de la Novísima Recopilación, ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo, observada por la Audiencia de Zaragoza, inaplicable al caso, según la cual los casos no previstos en la legislación foral de Aragón, deben decidirse con arreglo á la legislación de Castilla, como supletoria, pues siendo éste de los previstos en la legislación especial no es necesario apelar á la supletoria (4).

24. TESTAMENTOS MANCOMUNADOS.—Si en el testamento otorgado de mancomún en Aragón por dos cónyuges, no se limitaron éstos á nombrarse heredero uno de otro con facultad de disponer libremente de los bienes, sino que establecieron como base para la fijación de las respectivas herencias que si á la muerte del sobreviviente quedaren algunos bienes, se reputarían comunes de ambos y formarían aquéllas por iguales partes, esta determinación de haberes hereditarios constituyendo un fundamento capital para el desarrollo de la

(1) Sent. 27 Septiembre 1875.

(2) Sent. 24 Marzo 1865.

(3) Sent. 8 Enero 1866.

(4) Sent. 3 Diciembre 1878.

cambio de plan ocasiona para ponerle en relación con el Código Civil, aun á pesar de lo corto de su articulado, el Sr. Vicario, que hace una determinada crítica del asunto, cita el hecho de que el Apéndice venga á determinar la mayor edad en el art. 33 al hablar del testamento por comisario.—Balparda, Conferencias cit., págs. 19 y 20.

»Su articulado no es ciertamente un modelo de claridad. Los artículos 33, 40, 41, 42 y 43 resumen lo sustancial de la materia, pero acaso por el deseo de resumirla en pocos artículos, no ha de ser fácil á quienes lo lean sin previa y determinada preparación, desentrañar la variedad de heterogéneos preceptos que contienen; se echa de menos la debida separación de la enumeración de los herederos legitimarios que debían hacerse en uno ó varios artículos al estilo del 807 del Código civil y de la reglamentación en artículos, aparte del orden en que entran á serlo y de la cuantía y modalidades de cada una de las legítimas.»

El Fuero civil de Vizcaya en lo civil. Estudio crítico del Proyecto de Apéndice del Código civil que comprende las disposiciones aplicables en Vizcaya y en Álava, conferencias leídas en la Academia de Derecho y demás ciencias sociales por D. Gregorio Balparda, Bilbao, 1903, páginas 13, 20 y 29.

voluntad de los otorgantes expresada en el testamento mancomunado, no puede menos de estimarse fundamento condicional para el cónyuge que estuviere dispuesto á aceptar la herencia del otro, prefiriendo ésta al mantenimiento exacto de su haber, una vez liquidado el de la sociedad conyugal.

Conformándose con la precedente doctrina el fallo recurrido, no infringe las Observancias I y II, *De testamentis*, y la ley 25.^a, tít. 1.^o, Partida VI, si no desconoce el derecho del cónyuge sobreviviente para variar su disposición testamentaria en cuanto al haber determinado en aquella forma, ni las leyes 1.^a, tít. 4.^o y 21, tít. 1.^o de la Partida VI.

Por el contrario, sería de estimar la infracción de las precedentes disposiciones, si la Sala sentenciadora entendiése, por indebida extensión de las mismas, que los bienes con que el cónyuge sobreviviente aumentó el haber existente al fallecimiento de su consorte, son de los comprendidos en la masa común que ambos quisieron hacer en su testamento mancomunado y se hallan sujetos á la condición expresada (1).

25. SUCESIÓN CONTRACTUAL.—No infringe la sentencia la cláusula de los contratos matrimoniales que establece la facultad de testar dada á los parientes más próximos, en virtud de la cual se hizo el testamento, ni el principio de derecho aragonés *Standum est chartæ*, y las Observancias *De aquo vulntrato*, *De testamentis*, *De fide instrumentorum* y *De probationibus*, puesto que la intervención del cónyuge superstite en la confección del testamento del premuerto es incompatible con el hecho que la cláusula prevé de morir ambos, y se entiende en dicho caso que los dos parientes de cada parte cumplen el objeto de la cláusula, según su literal contexto y espíritu conforme á la costumbre (2).

B. Cataluña.

26. DOCTRINAS GENERALES.—La legislación de Cataluña, en cuanto á los requisitos y solemnidades para la ordenación de los testamentos, que limita en gran parte las que el Derecho común exige para su validez, debe en todo caso interpretarse estrictamente (3).

Reune los requisitos y formalidades externas que para la validez de los testamentos nuncupativos exigen las disposiciones legales que rigen en Cataluña, el que resulta extendido en papel sellado, otorgado ante el Cura ecónomo de la feligresía en que tuvo lugar, que le autorizó con la asistencia de dos testigos rogados por el testador, uno de los que le firmó á ruego del mismo por no poder él hacerlo (4).

Es un principio reconocido en la ley 7.^a, Dig., *De diversis regulis iuris*, que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado, no pudiendo, por consiguiente, tener lugar á la vez la sucesión testamentaria y la legítima, conforme se halla dispuesto también por la ley 89 del mismo título, vigentes ambas en Cataluña (5).

(1) Sent. 22 Enero 1898.

(2) Sent. 30 Diciembre 1882.

(3) Sent. 28 Enero 1861.

(4) Sent. 28 Diciembre 1872.

(5) Sent. 7 Abril 1864.

El ejercicio de la facultad de testar con relación á los bienes heredados por el testador de una tercera persona en favor de las designadas por ésta, es independiente del derecho del primero á disponer de sus propios bienes.

La abstención por parte del mencionado testador, en cuanto al ejercicio de la expresada facultad, es perfectamente compatible con el hecho de testar para disponer de los demás bienes propios suyos, y para sostener lo contrario sería indispensable que constare indudablemente en este sentido la voluntad de aquél, lo que está en armonía con la doctrina que se deriva de la sentencia de 10 de Enero de 1878.

Estimándolo así la Sala sentenciadora, se ajusta á la ley 5.^a, tít. 33, Partida VII.

La citada abstención no justifica la afirmación de que el testador murió en parte intestado, porque quien dispuso de los citados bienes fué la tercera persona de quien aquél los hubo; por lo que, acomodándose á esta doctrina el Tribunal sentenciador, no infringe el principio de Derecho romano vigente en Cataluña, *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*; la ley 5.^a, tít. 14, lib. II de las Instituciones de Justiniano, y las 7.^a y 89.^a, tít. 170, lib. L del Digesto (1).

Según las leyes romanas, ninguno puede morir en parte testado y en parte intestado, por lo que, si el testador dejó á su esposa como heredera usufructuaria, siempre que se conserve viuda de aquél y no pase á nuevo casamiento, nombrando para este caso heredero á otro, es racional, dado el resultado y espíritu de tal disposición, entender que el segundo heredero fué designado por el testador á la conclusión del usufructo de su viuda ya que si ésta, según la voluntad del testador, sólo había de ser mera usufructuaria con la condición, para mantenerla en el usufructo vitalicio, de no pasar á segundas nupcias, sería sobre la base de esta condición contradictorio de su sentido y realidad entender que si no contraía nuevo matrimonio adquiriría el dominio de los bienes usufructuados, toda vez que sólo para mantenerla en el usufructo vitalicio se estableció la expresada condición (2).

Esto supuesto, se impone la consecuencia lógica y racional de entender que el segundo heredero fué instituido, no sólo en vida de la viuda, si pasara á segundas nupcias, sino después de la muerte de ésta, no existiendo razón para borrar, después del fallecimiento de la misma, el carácter de aquél de heredero universal por la mera falta de suficiente expresión de la cláusula mencionada en contra de la verdadera intención del testador (3).

El principio según el cual la voluntad del hombre es variable hasta la muerte, sólo tiene aplicación á los casos en que se testa en nombre propio, y no cuando se trata de cumplir un encargo que hace el testador, en cuyo caso, una vez nombrado el heredero en documento solemne, la última voluntad del testador se completa con este acto y reviste el carácter de irrevocable, como todas las últimas voluntades (4).

Si un testador, en Cataluña, dispuso de todos sus bienes distribuyendo una

(1) Sent. 28 Febrero 1900.

(2) Sent. 1.º Febrero 1908.

(3) Idem id.

(4) Sent. 3 Febrero 1882.

gran parte en legados y ordenando que el remanente líquido de la venta de bienes muebles é inmuebles, se distribuyese entre los pobres de una determinada localidad, es evidente que no murió parte intestado y testado en parte, puesto que dispuso de cuanto le pertenecía.

Estimándolo así, la Sala sentenciadora no infringe el pár. 34, tít. 20, lib. II, Instituta, *De legatis*; la ley 1.^a, tít. 5.º, lib. XXVIII, Digesto, *De heredibus instituendis*, y el privilegio dado por D. Pedro III á Barcelona, ley única, tít. 1.º, lib. VI, vol. 2.º de las Constituciones de Cataluña, porque en dicho testamento hay verdadera institución de heredero á favor de los pobres.

Al tenor de lo dispuesto en las leyes 15.^a y 26.^a, tít. 23, lib. VI del Código, no es necesario que al designar el heredero se usen las palabras formularias, bastando que conste la voluntad explícita del testador á que principalmente debe atenderse en esta materia.

Tampoco infringe dicha sentencia las leyes 9.^a, pár. 9.º; 48.^a, pár. 3.º y 77.^a, tít. 5.º, lib. XXVIII, Digesto, *De heredibus instituendis*, pues el testador destinó el remate de sus bienes, pagados los legados, á los pobres, no ofreciendo duda esta designación de heredero, que es por sí válida, según lo dispone el Código de Justiniano en la 49.^a, *De episcopis*, pár. 1.º (1).

Si bien el pár. 2.º del art. 12 del Código civil prescribe que habrá de regir como derecho supletorio en Cataluña, es únicamente para el efecto de suplir deficiencias y vacíos de su legislación, sin que este carácter autorice para corregir ó enmendar lo que se encuentre previsto, aun cuando realmente constituyan mejora y adelanto los preceptos del Código con relación á lo que en las legislaciones forales se establece (2).

27. CAPACIDAD PARA TESTAR.—No bastan inducciones más ó menos probables para probar que una persona se halla en estado de demencia en una época dada, sino que es necesario, para que sea debidamente apreciada y produzca sus consecuencias legales, una prueba directa de que realmente se hallaba ya demente á la fecha en que se realizó el acto que se trata de invalidar por falta de capacidad (3).

La ley 9.^a, lib. VI, tít. 23 del Código de Justiniano, no es derogatoria de la 16.^a, lib. XXVIII, tít. 1.º del Digesto, á la cual complementa; ni el pár. 2.º, lib. II, tít. 12 de las Instituciones, que prohíbe testar al que está declarado pródigo, ha derogado tampoco la ley 18.^a del libro y título expresados del Digesto, que establece igual prohibición respecto del demente ó incapaz á quien se ha privado de la administración de sus bienes (4).

Que si podía cuestionarse acerca de la vigencia en Cataluña de la ley romana, prohibitiva para los hijos de familia sujetos á la patria potestad romana de la facultad de testar, como no fuera de su peculio castrense ó cuasi castrense, dada la distinta organización de la familia en aquel pueblo y la diferente extensión y fundamento de la actual patria potestad, resulta indudable la improcedencia de la petición de que se haga extensiva dicha prohibición á los hijos

(1) Sent. 7 Octubre 1890.

(2) Sent. 8 Junio 1904.

(3) Sent. 14 Abril 1886.

(4) Sent. 7 Junio 1893.

que hoy se hallan bajo la potestad de la madre en virtud de la ley del matrimonio civil del actual Código: primero, porque se trata de un caso de incapacidad jurídica, que por su naturaleza ha de interpretarse restrictivamente; segundo, porque refiriéndose el Derecho romano á los hijos que se hallaban bajo la potestad del padre, única existente dentro de la familia romana, sería contradictorio y arbitrario hacer extensiva la incapacidad á los hijos que, por disposiciones legales vigentes, se encuentren sometidos á la potestad de su madre, á la que nunca pudo referirse aquel Derecho, y esto con tanta mayor razón cuanto que, como queda expuesto, los fundamentos que pudieran abonar la prohibición del Derecho romano, no son estimables dentro del orden familiar catalán; y tercero, porque, en todo caso, la potestad concedida á la madre por derecho común y aplicable á todas las regiones de España, hay que entenderla dentro de las condiciones con que se establece, con carácter general, y regula el Código civil que ha reemplazado á la ley del matrimonio civil (1).

28. TESTAMENTO ABIERTO.—Según la legislación especial de Cataluña, el testamento nuncupativo no sacramental, exige para su validación la escritura pública y la concurrencia de dos testigos idóneos, rogados al efecto por el testador, los cuales presencien de continuo el acto hasta su terminación, ó sea hasta que la escritura quede otorgada y firmada por los concurrentes (2).

Si bien es cierto que en Cataluña, con arreglo á las disposiciones del Derecho romano, que como supletorio rige en el antiguo Principado, la institución de heredero constituye la solemnidad interna del testamento, necesaria para su validez, es indudable igualmente que, conforme á dicha legislación, á la canónica y al usatge *Accusatores* (Constitución 3.^a, tít. 16, lib. III, vol. 1.^o), de aplicación en esta materia, el testamento abierto debe otorgarse ante un Notario y dos testigos llamados y rogados (3).

El cap. 10.^o, tít. *De testamentis* de las Decretales, sólo trata de los testamentos que pueden recibir los Párrocos, y no es, por tanto, aplicable á los nuncupativos que se otorgan en Cataluña ante Notario y dos testigos rogados (4).

Los testamentos que, á falta de escribano, pueden recibir en Cataluña los Curas, Rectores ó sus Tenientes, cada uno en su territorio, distrito ó feligresía, no tienen valor alguno si no intervienen dos testigos (5).

Según lo establecido en la Real Provisión de 29 de Noviembre de 1736, los Curas, Rectores ó sus Tenientes del antiguo Principado de Cataluña, pueden autorizar testamentos ó últimas voluntades cada uno en su distrito, territorio ó feligresía, *no habiendo en ella Escribano Real ó numerario* (6).

Según la Real cédula de 1736, los Curas Párrocos pueden autorizar en Cataluña los testamentos en los pueblos en que no se halle Escribano Real ó numerario, siendo un hecho, como lo tiene declarado el Supremo Tribunal, de la apreciación de la Sala sentenciadora, determinar si al tiempo del otorgamiento

(1) Sent. 11 Noviembre 1907.

(2) Sent. 25 Octubre 1861.

(3) Sent. 10 Mayo 1898.

(4) Sent. 25 Octubre 1861.

(5) Sents. 28 Enero 1861, 8 Enero 1866.

(6) Sents. 23 Octubre 1867, 29 Diciembre 1870, 4 Marzo 1905.

de la última voluntad existía en el pueblo en que se verifica tal, Escribano Real ó numerario (1).

El Reglamento de 29 de Noviembre de 1736, mandado observar por la Real Ordenanza de 24 de Julio de 1755, que es por la que se rigen los testamentos nuncupativos en Cataluña, prescribe que estos actos se otorguen ante dos testigos y Escribano, y que las partes «los firmen de sus nombres y apellidos, y, si no supieren firmar, firme por ellas cualquiera de los testigos ú otro que sepa escribir, y el Escribano haga mención como el testigo firmó por la parte que no sabía escribir».

Si bien este precepto se refiere al caso de que el testador no sepa escribir, es aplicable de igual modo al en que no pueda poner su firma, porque, según la doctrina de la legislación romana, vigente en Cataluña como supletoria, consignada expresamente en la ley 21.^a, tít. 23, *De testamentis*, libro VI del Código de Justiniano, las mismas formalidades que se observan para suplir la firma del testador en el caso de que no sepa escribir (*litteras ignoret*) deben observarse en el caso de que no pueda firmar (*subscribere nequeat*):

Esta doctrina no está contradicha por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Octubre de 1861 (2).

Si bien únicamente los Párrocos son quienes pueden autorizar testamentos en Cataluña, y sólo por su ausencia ó enfermedad pueden hacerlo sus Tenientes, esto no se entiende respecto de aquellos Vicarios que, por organización especial de sus feligresías en aquel territorio, desempeñan permanentemente las funciones parroquiales, porque en tal supuesto hay que considerar la expresada autorización como una de tantas funciones que por razón del cargo compete á los Vicarios.

Tratándose de testamentos de esta clase, y acreditada su autenticidad, no constituye vicio de nulidad el hecho de hallarse la matriz del testamento en pliego suelto (3).

La legislación romana, vigente en Cataluña, consigna y respeta, como principio indeclinable en materia de testamentos, la unidad de contexto (4).

Ni las Ordenanzas de Notarios de Cataluña, ni el Real acuerdo de 23 de Octubre de 1755 hacen mención específica de la unidad de contexto, y, por tanto, no dispensan de esta solemnidad en los testamentos que la requieren (5).

Los arts. 1.380 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil tratan de la manera de elevar á instrumento público los testamentos hechos verbalmente ante el número de testigos que previene la ley recopilada, y no son, por tanto, aplicables á los nuncupativos que pueden otorgarse en Cataluña ante Notario y dos testigos (6).

29. TESTAMENTO OLÓGRAFO.—En Cataluña son válidos los testamentos ológrafos hechos por los padres á favor de los hijos, cuando reúnan los requisitos que exige la novela 107 de Justiniano, y resulte legalmente acreditada la

(1) Sent. 31 Enero 1887.

(2) Sent. 29 Noviembre 1899.

(3) Sent. 8 Junio 1905.

(4) Sent. 25 Octubre 1861.

(5) Idem id.

(6) Idem id.

identidad de la letra y firma del testador; no bastando para desvirtuarla la circunstancia de no haberse verificado su entrega á un Escribano.

Dichos testamentos, aunque exentos de toda clase de solemnidades externas, atendido su carácter privilegiado, sólo pueden revocarse por otros perfectos y solemnes en que se haya hecho terminante mención de ellos (1).

Los testamentos ológrafos que en Cataluña otorgan los padres á favor de sus hijos, aunque exentos de toda clase de solemnidades externas, atendido su carácter privilegiado, sólo pueden revocarse por otros perfectos y solemnes en que se haya hecho terminante mención de ellos (2).

No altera la naturaleza privilegiada del testamento ológrafo el hecho de aparecer en él como heredera la mujer del testador, cuando se le impone la obligación de disponer de los bienes de la herencia á favor de los hijos de éste, porque siendo la mujer, en este caso, *heredera de confianza*, institución practicada en Cataluña, no tiene derecho alguno el heredero así instituido en perjuicio de los hijos (3).

30. TESTAMENTO DEL CIEGO.—No es válido el testamento del ciego, si no firman siete testigos presenciales al otorgamiento, además del Escribano, según las Constituciones de Cataluña (4).

31. TESTAMENTO «INTER LIBEROS».—El testamento llamado *inter liberos* tiene el concepto legal de privilegiado, y en atención á su objeto, la novela 107 de Justiniano le dispensa de las formalidades de testamento perfecto (5).

Si bien en el testamento *inter liberos*, como privilegiado, quedan relajadas las solemnidades que se exigen en los demás, no lo queda la que constituye la esencia del testamento, esto es, la prueba de la voluntad del testador, expresada por palabras claras y precisas que no dejen lugar á dudas, y el propósito deliberado de testar; puntos que, como de mero hecho, quedan sometidos á la apreciación de la Sala sentenciadora y, por tanto, al declarar ésta no haber lugar á tener por testamento válido *inter liberos* una última voluntad, no infringe la ley 21.^a, párrafo primero, Código *De testamentis* ni otra alguna (6).

No basta para que un testamento sea y se repunte por *inter liberos* la circunstancia de disponer el padre de sus bienes entre sólo sus hijos, sino que es preciso que llene los requisitos que la Novela 107 exige de escribirle el testador de mano propia, declarando con su firma la fecha de su disposición, los nombres de sus hijos y las partes ó porciones en que los constituye herederos, manifestando después delante de testigos que quiere que lo que ha ordenado y escrito en sus disposiciones tenga efecto y sea ejecutado (7).

Si un testamento otorgado ante Notario y testigos no reúne los requisitos exigidos en la Novela 107 de Justiniano para ser tenido como privilegiado ó *inter liberos*, al efecto de no poderse revocar sino por otro posterior acabado que contenga cláusula expresa y señalada de revocación, es necesario estimarlo

(1) Sent. 17 Diciembre 1860.

(2) Idem id.

(3) Idem id.

(4) Sent. 21 Mayo 1845.

(5) Sent. 1.º Julio 1887.

(6) Sent. 26 Junio 1877.

(7) Sent. 1.º Julio 1887.

como un testamento común; y habiendo otorgado después otro la misma testadora, éste debe entenderse válido por ser posterior, puesto que contiene la última voluntad de la misma; y al no declararlo así la Sala, dando valor al primeramente otorgado, en el supuesto de ser privilegiado, la sentencia infringe la dicha Novela 107 (1).

Ni la falta de institución directa y en primer grado de los hijos del testador, ni la de no señalarles la porción hereditaria en que los instituía, ni el haber instituido á una persona extraña son bastantes para quitar á un testamento la cualidad de *inter liberos*, porque la ley no exige esa institución en primer grado á favor de los hijos, y la obligación impuesta por el testador al cónyuge sobreviviente de disponer de sus bienes en favor de los hijos que de su matrimonio tuvieron, le constituyen en la clase de herederos de confianza y llena los requisitos exigidos en la Novela 107 y en especial el de que los hijos sean herederos (2).

En la doctrina consignada en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Diciembre de 1860, se acepta el principio de que la institución de heredero de confianza á una persona extraña para que distribuya los bienes del testador entre sus hijos, no quita á aquellos testamentos la cualidad de *inter liberos* (3).

La disposición del cap. 2.º de la Novela 107, sobre los requisitos especiales de la revocación del testamento *inter liberos*, es, como su texto y naturaleza exigen, de aplicación estricta á estos testamentos especiales, definidos en el cap. 1.º de la misma, y no puede extenderse á disposiciones testamentarias de carácter general que tengan cláusulas á favor de los hijos, ni menos á la institución catalana de los heredamientos preventivos para el caso de fallecer sin testamento (4).

Fundado el privilegio concedido al testamento *inter liberos* en la mayor estabilidad y garantía que el legislador quiso conceder á los testamentos en que el padre se ocupaba principalmente de fijar la suerte de sus hijos para después de la muerte, es evidente que no merece aquel concepto el testamento de quien se preocupa en primer término y principalmente de su consorte para dejarla el íntegro usufructo de sus bienes, con facultades de vender y gravar en caso de necesidad, y de elegir entre sus hijos al que quiera como heredero de los bienes que restasen después de pagar las legítimas á los demás, y sólo para el caso de fallecer aquélla antes que el testador, dispone éste de los bienes entre sus hijos.

Entendiéndolo así la Sala sentenciadora, no infringe la Novela 107 de Justiniano; las leyes 9.^a, 12.^a, 21.^a y 28.^a del Código, *De testamentis*, lib. VI, tít. 23; las Reales Ordenanzas de 24 de Julio de 1755, que forman la ley 28.^a, tít. 15, lib. VII de la Novísima Recopilación y el Real acuerdo de 23 de Diciembre del mismo año, como tampoco la ley 12.^a del Digesto, *De testibus*, el Usatge *Due testibus* 3.º, tít. 16, lib. III, vol. de las Constituciones de Cataluña y el principio de que es permitido, sin variar la naturaleza de un acto, todo lo que la ley con relación á éste no prohíbe (5).

(1) Sents. 11 Octubre 1869, 18 Enero 1879, 26 Marzo 1881, 10 Marzo 1882.

(2) Sent. 11 Octubre 1869.

(3) Idem id.

(4) Sent. 8 Julio 1896.

(5) Sent. 12 Noviembre 1897.

32. TESTAMENTO SACRAMENTAL Y SU ADVERACIÓN.—La facultad de otorgar el testamento llamado *sacramental* constituye, aun dentro del régimen foral de Cataluña, un privilegio cuyo carácter no es el meramente formalista regido por el lugar en que el acto se efectúa ó solemniza, sino de tal modo personalísimo, que corresponde exclusivamente al catalán que sea además ciudadano de Barcelona, el cual puede otorgarlo, según los términos del cap. 48.º del privilegio *Recognoverunt Proceres*, no sólo dentro del territorio catalán, sino fuera del mismo (1).

Aparte las formalidades establecidas en el cap. 48.º del Privilegio *Recognoverunt Proceres* de las Constituciones vigentes de Cataluña para el otorgamiento del testamento á que el mismo se refiere, no cabe, ni aun para los efectos de una mera protocolización, reconocer la existencia de una *última voluntad*, en tal forma expresada, si la intención del supuesto testador no aparece tan seria y deliberadamente manifiesta, que excluya toda duda acerca de los propósitos que le animan respecto del destino que quiera dar á sus bienes para después de su muerte, con conciencia de la trascendencia del acto que realiza (2).

El testamento *sacramental*, aunque privilegiado, exige en el que le otorga ánimo deliberado de testar y la manifestación de su voluntad ante testigos.

Esto supuesto, no infringe el cap. 48.º del privilegio *Recognoverunt Proceres*, ni la doctrina establecida en las sentencias de 28 de Diciembre de 1872 y 28 de Abril de 1885, la que no da lugar á elevar á testamento sacramental la supuesta última voluntad de una persona, si la Sala, apreciando la prueba, declara que la testifical suministrada por el demandante no ofrece la conformidad bastante para estimar testamento las palabras que se dice pronunció el supuesto testador, tomando además en cuenta el estado de éste, y el haber otorgado dos meses antes testamento ante Notario público (3).

Por el cap. 48.º del privilegio *Recognoverunt Proceres*, se requiere que el testador manifieste su voluntad en presencia de testigos, los cuales *juren* sobre el altar de San Félix, en la iglesia parroquial de San Justo y Pástor, que así lo vieron ú oyeron escribir ó decir, como se contiene en dicha escritura ó última voluntad verbalmente expresada por el testador; y cuando sólo un testigo cumplió con esta solemnidad, que como tal y única no puede suplirse ni prescindirse de ella, la sentencia que declara no haber lugar á tener por testamento una última voluntad expresada sin dicho requisito, lejos de infringir el citado cap. 48.º, aplica rectamente sus disposiciones y no infringe tampoco la ley 3.ª, tít. 3.º, lib. IV del Digesto (4).

La Sala sentenciadora, al desestimar la demanda declarando no haber lugar á elevar á testamento sacramental la última voluntad de una persona, infringe el cap. 48.º del Privilegio *Recognoverunt Proceres*, porque la manifestación verbal hecha á los testigos, para que la atestiguasen en caso de su muerte, de que quería que fuera heredero de todos sus bienes á un determinado sujeto, conforme constaba en el pliego cerrado á que se refiere, manifestación confirmada y ratificada bajo juramento por los testigos dentro de las circunstancias y con

(1) Sent. 30 Octubre 1901.

(2) Sent. 26 Febrero 1907.

(3) Sent. 10 Abril 1891.

(4) Sents. 18 Marzo 1864, 18 Junio 1864, 21 Febrero 1870, 26 Junio 1877 y 9 Enero 1882.

toda solemnidad religiosa y civil que previene el cap. 48.º del Privilegio *Recognoverunt Proceres* no permite duda alguna racional ni legal de que hubo ánimo deliberado de testar en la forma autorizada por dicho Privilegio, sin que la ocasión y el lugar donde tuvo efecto la manifestación contradigan el propósito terminante del testador, porque la ley autoriza su expresión en la tierra, en el mar y en cualquiera parte, y sin que el papel escrito de su puño y letra, á que se alude, altere ni se oponga al pensamiento culminante de testar en favor de determinada persona, antes, por el contrario, viene á corroborarlo y legitimarlo, demostrando, á satisfacción de la ley y del entendimiento, que no fué una determinación súbita, sino un propósito firme que existió en la mente del testador desde una fecha anterior muy remota (1).

Es infundada la cita, como infringida, de la doctrina del Tribunal Supremo, si la Sala sentenciadora no niega que, conforme al Privilegio *Recognoverunt Proceres* y á dicha doctrina, el testamento sacramental puede otorgarse de palabra ó en escrito, y únicamente ha estimado que su virtud y eficacia consisten en la abierta y paladina manifestación de la voluntad del testador, ya la exprese verbalmente, ya por la lectura de un papel, cédula, memoria ó cualquier escrito para que los testigos asistentes la entiendan y recuerden (2).

Si bien la ley única, tít. 1.º, lib. VI, vol. 2.º de las Constituciones de Cataluña está vigente, y según ella el testamento otorgado por un ciudadano de Barcelona es válido aunque carezca de alguna de las formalidades de Derecho, este privilegio, como las palabras de la misma ley lo demuestran, no puede referirse sino á las formas externas del otorgamiento, y de ningún modo á las condiciones esenciales de la institución (3).

Es evidente que, según el alcance y sentido del privilegio contenido en la Constitución 15 de Cataluña, capítulo de *Recognoverunt Proceres*, no se puede atribuir carácter de testamento sacramental á cualquiera manifestación relativa á propósito sobre el destino de los bienes de la persona que la hace para después de su muerte, si no consta y aparece claramente que tal manifestación se hace seria y deliberadamente, á fin de dejar consignada una última y decidida voluntad; y estimándose así, no se infringe el mencionado precepto, ni las leyes de Derecho romano, pár. 6.º, tít. 10, lib. II de la Instituta, y 6.º, ley 20.ª, tít. 1.º, lib. XXVIII del Digesto, ni los artículos del tít. 6.º, lib. III de la ley procesal (4).

El testamento sacramental, admitido por las costumbres escritas de la ciudad de Tortosa, exige en el que lo otorga el ánimo deliberado de testar y la manifestación de su voluntad ante testigos (5).

33. TESTIGOS.—La materia de testamentifacción y especialmente la referente á las condiciones y circunstancias de los testigos que han de intervenir en los testamentos, se encuentra regulada en la legislación vigente en Cataluña, sin que los arts. 681 y 687 del Código civil, la ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hayan introducido

(1) Sent. 28 Abril 1885.

(2) Sent. 9 Enero 1882.

(3) Sent. 23 Setiembre 1864.

(4) Sent. 4 Mayo 1904.

(5) Sent. 27 Mayo 1885.