

tión sobre si la ley de ventoso quedó ó no abrogada por el código civil. No hay duda en contestar afirmativamente, como consecuencia del principio de la especialidad de las leyes. La disposición especial del código civil, concerniente á la incapacidad relativa de los testigos que intervienen en los testamentos, deroga la general sobre la misma incapacidad de los que intervienen en un instrumento auténtico. Verdad es que de aquí resultan anomalías cuya razón en vano sería buscar; mas la crítica se dirige al legislador, y el intérprete no puede tomar esto en consideración. (1)

271. Son incapaces, conforme al artículo 975, "los legatarios, por cualquier título que sea;" luego lo son los legatarios á título particular, lo mismo que los universales, por insignificante que sea el legado. Muchas veces la ley es excesivamente severa en su aplicación, ó por mejor decir, está en contradicción con el motivo que le hizo establecer la incapacidad, y en consecuencia no resulta justificada la nulidad del testamento. Figuran como testigos en él dos abogados, á cada uno de los cuales lega el testador seis cubiertos de plata. Este legado, que no era más que simple recuerdo, no podía influir por cierto en la independencia de los dos testigos, abogados distinguidos y dueños además de una fortuna considerable. Si hubiesen podido juzgar del caso equitativamente los tribunales, habrían declarado la validez del testamento; sin embargo, fué anulado, como debió serlo, porque el artículo 975 es absoluto y el 1,001 imperativo. "Los testamentos, dijo la sala de casación, no pueden quedar sujetos á apreciaciones arbitrarias respecto á la cuantía de los legados, al valor de las

1 Coin-Delisle, pág. 420, núm. 35 del artículo 980. Demolombe, t. 21, pág. 213, núm. 198. Denegada de la sala de casación de Bélgica, 13 de Diciembre de 1867 (*Pasicrisia*, 1868, 1, 7); Bruselas, 7 de Febrero de 1867 *Id.*, 1867, 2, 141), y Marzo 11 de 1831 (*Id.*, 1831, página 36).

sucesiones y á la cualidad de las personas." (1) No se puede hacer la misma excepción tratándose de los legados remuneratorios, porque la ley dice: *con cualquier título que sea*, y con arreglo al artículo 1,023, no se estima el legado hecho á un acreedor como compensación de su crédito; de suerte que la persona gratificada tiene dos derechos, una acción para reclamar lo que se le debe, y el derecho á la cosa legada; y así, es legatario, y en consecuencia incapaz. Mas si constare por el testamento que se hizo el legado para compensar la deuda, no habrá habido liberalidad, ni por consiguiente habrá legado, quedando en tal caso á salvo el derecho de aquel que pide la nulidad del testamento para probar que no había duda alguna que compensar, sino que el legado fué instituido como tal para eludir el cumplimiento de la ley. (2)

272. Siendo severa la ley, tienen que serlo también los tribunales, sin que por eso deban traspasar los límites que tiene fijados el rigor de la propia ley. Para que exista el legado, es menester que haya liberalidad; lo cual no sin frecuencia da lugar á dudas. Por ejemplo: dice un testador que estando muy satisfecho de la conducta observada por su administrador, desea que su legatario universal siga utilizando sus servicios por espacio de dos años por lo menos, después de su fallecimiento, y que en el caso de que se le despida antes de ese término, le *da y lega* el importe del sueldo correspondiente á dos años sobre el que haya debido percibir hasta el momento de su separación. El hermano y la hermana atacaron el testamento, con motivo de que aquella disposición importaba un legado, lo cual no obstante, había asistido el legatario como testigo

1 Denegada, 13 de Diciembre de 1847 (Dalloz, 1848, 1, 128). Compárense las sentencias citadas en Dalloz, núms. 3,179 y 3,187.

2 Coin-Delisle, pág. 418, núm. 31 del artículo 980. Demolombe, t. 21, pág. 215, núm. 201. Bruselas, 11 de Agosto de 1843 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 337).

á la formación del testamento. Apegándose la sala de casación á la frase *doy y lego*, resolvió que en efecto había allí un legado, y que el testamento era consiguientemente nulo. En apelación, la sala de Agen declaró que era válido el legado, como lo había hecho ya en otro caso la de Tolosa, bien quedando forma distinta á su resolución, ó sea diciendo que había habido entre el difunto y su administrador un contrato sinalagmático, en virtud del cual, que se había celebrado para tiempo fijo, el dicho administrador tenía derecho á una indemnización por falta de cumplimiento del mismo contrato, indemnización que en forma de legado concedió el testador. Esta resolución fué en sustancia la del tribunal de Tolosa, con el objeto evidente de revalidar el testamento. Sin embargo, en casación se falló que había sido distinta la interpretación; que no había lugar á juzgar del caso en acuerdo pleno, y que el inferior carecía de facultades para invalidar la apreciación hecha por el tribunal de Alzada acerca de los convenios pasados entre una y otra parte contratantes. (1) Fué ésta en definitiva una resolución de equidad, en forma de resolución jurídica, y no vemos en ello ningún mal; porque si puede el juez conciliar el derecho con la equidad, debe hacerlo.

273. Puede haber legador sin que haya persona agraciada; en el cual caso, como no hay legatario, no habrá tampoco motivo de incapacidad ni de nulidad. Hay en Hesbaia la costumbre de que los mismos operarios de una hacienda lleven en hombros el cadáver de su amo, colono ó propietario. Un testador lega á cada uno de los cuatro operarios de su hacienda cuatro medidas de centeno, y en este caso se declaró en casación que aquel legado entraba en los gastos del funeral del difunto, y tenía que ser considerado más bien como carga de la herencia que como le-

1 Casación de 4 de Agosto de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 220). Denegada de la sala civil, 10 de Agosto de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 341).

gado propiamente dicho; por lo cual quedó en pie el testamento. (1) No habíamos de ser nosotros los que tuviéramos aquella resolución como jurídica; la prudencia aconseja no verla sino como equitativa, si bien se ha querido darle un color de derecho.

No sucede lo mismo tratándose de los legados para misas: puede el eclesiástico ser testigo aun cuando al fallecer el testador, esté aquél adscrito á la iglesia donde se hayan de celebrar las misas y hasta él mismo se aproveche del legado indirectamente. La razón de ésto es, que no hay legado sin liberalidad; mas en el caso que imponemos, el testador no tuvo ánimo de gratificar al eclesiástico, puesto que nada le dió, ni le instituyó legatario directa ni indirectamente. El tribunal de Burdeos consideró una disposición testamentaria de este género como legado condicional, establecido en beneficio del sacerdote encargado de decir las misas. Si ese sacerdote hubiese sido designado en la disposición, estaríamos conformes con aquel parecer; pero en otro caso se hizo el legado al ministro del culto católico que estuviese en ejercicio al tiempo de fallecer la testadora, quien por lo mismo no había designado á nadie, sino que el legado interesaba únicamente á la administración de la iglesia, que era la que debía aceptarla, la cual excluía toda gratificación personal. La resolución fue casada. (2)

274. La disposición del artículo 975 da lugar á consecuencias que condenan el rigor de la ley. Un testador instituye á un legatario universal con obligación de que no exija de sus deudores lo que le están debiendo, sino pasado un año de su fallecimiento, ni les cobre réditos sino desde la fecha de ese mismo fallecimiento. Resultaba de esta disposición que el testador entendía conceder dos

1 Denegada, 17 de Enero de 1810 sobre las conclusiones de Merlin (Dalloz, núm. 3,181, 4°).

2 Casación de 11 de Septiembre de 1809 (Dalloz, núm. 3,181, 3°). Compárese con las sentencias citadas, *id.*, núm. 3,181, 1° y 2°

ventajas á sus deudores: la primera de ellas, por el plazo de un año que todavía les daba para hacer el pago; y la segunda, por perdonarles los réditos. Era, pues, un legado en favor de todos los deudores del difunto, y por ende todos estaban incapacitados para ser testigos. En esto se descubrió que uno de los testigos era cuñado de uno de los deudores del difunto, y que hasta él mismo se había obligado al pago con caución solidaria; siendo en consecuencia deudor, y resultando que también á él se le gratificaba y era incapaz y su incapacidad anulaba el testamento. (1) La resolución que se dictó fue muy jurídica, pero ¿no traspasa la ley su propio objeto con establecer la nulidad de los testamentos por causas como la expresada? Sucede, pues, que cuando una incapacidad había de ser garantía produce la nulidad de últimas voluntades bien expresas.

275. Si es asaz rigurosa la disposición que se refiere á los legatarios, ¿qué decir de la incapacidad que afecta á los deudos y parientes del legatario hasta el cuarto grado inclusive? Conforme al derecho antiguo, los parientes de los legatarios no estaban afectados de incapacidad; ¿por ventura habrán adquirido mayor consistencia en nuestros tiempos los vínculos de la sangre? Por el contrario, lamentábase que se hayan relajado, y á la verdad es ya exceder los límites del rigor declarar incapaces á los primos hermanos por afinidad. (2)

El excesivo rigor de la ley no es una razón que nos exima de su cumplimiento. Sin embargo, ¿no han exagerado por su parte ese rigor los encargados de interpretarla al declarar que continúa siendo la afinidad motivo de incapacidad, aun en el caso de que haya muerto sin dejar sucesión el cónyuge de quien provenía esa afinidad? Discútese todavía el punto de si entonces cesa la afinidad. Tene-

1 Riom, 23 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1857, 5, 224).

2 Coin-Delisle, pág. 419, núm. 33 del artículo 980,

mos entendido que cesando la causa de afinidad, cesa también ésta, subsistiendo únicamente cuando la ley conserva sus efectos de una manera expresa, como sucede en los casos previsto por los artículos 161 y 162. Cesa, pues, la afinidad en el caso del artículo 206. Si es ya tan débil durante la afinidad el interés del cual deriva la incapacidad de un deudo, desvanécese por completo cuando no hay ni cónyuge ni hijos. Esto supuesto, ¿puede sostenerse la incapacidad cuando ya cesaron los motivos que obligaron á establecerla? Sin embargo, los autores (1) y la jurisprudencia (2) se han declarado por la opinión contraria.

¿Comprende la palabra *deudos* al cónyuge del legatario? respóndese afirmativamente, sin dejar de confesar que no hay ley expresa. Muy cierto es que del matrimonio viene la afinidad; pero de aquí se saca por consecuencia, que los cónyuges son los afines más cercanos, y esto en derecho no es exacto. Indudablemente que el legislador habría debido afectar de incapacidad al cónyuge del legatario, puesto que á menudo tiene interés pecuniario en el legado. Si á pesar del silencio de la ley se admite la incapacidad, sería colosal absurdo que pudiese el marido ser testigo, en tanto que el hermano fuera incapaz. (3) Queda siempre en pie la incorrección de la ley.

276. El artículo 975 declara también incapaces á los pasantes del notario que autorice el testamento, y esta incapacidad ha dado lugar á gran número de dificultades. Comiéñzase por preguntar si por pasantes se ha de entender los que hacen la pasantía que exige la ley para ser notario; y en este sentido no cabe duda. El artículo 975 es ge-

1 Baile-Mouillar sobre Grenier, t. 2º, pág. 469. Aubry y Rau, tomo 5º, pág. 508, nota 16. Coin-Delisle, pág. 419, núm. 33 del artículo 980.

2 Casación, 16 de Junio de 1834; Dijón, 6 de Enero de 182 (Dalloz, núm. 3,200, 1º y 2º).

3 Durantón, t. 9º, pág. 141, núm. 114 y todos los autores.

neral y se aplica á todos los pasantes, habiendo algunos que no aspiran al notario y otros que conforme á nuestra legislación, ni aun aspirar pueden por no haber hecho los estudios ni sufrido los exámenes que la misma ley requiere. Sin embargo, si habitualmente trabajan en una notaría, son pasantes, y como tales, están afectados de incapacidad por ser aplicable á ellos el texto de la ley y no ser dudoso el espíritu de la misma. Esta no declara la incapacidad de un joven por el hecho de estarse preparando para el notariado, sino por depender del notario de quien es empleado. (1)

Por igual razón no es de tenerse en cuenta la matrícula que se debe solicitar en el colegio de Escribanos como requisito para comprobar la pasantía de los candidatos para el notariado. Por una parte, bien pueden los notarios matricular allí á todos sus pasantes, dedíquense ó no al notariado, como pueden eximirse de matricular á los que no se dediquen á él. Por otra parte, puede suceder que matriculen como pasantes á los alumnos de la Universidad que nada más hacen una pasantía de nombre, ó á individuos que asistan al estudio con irregularidad. En suma, la cuestión de saber quién es pasante, en el sentido del artículo 975, es una cuestión de hecho que resolverán los tribunales conforme á las circunstancias de cada caso. (2)

En este sentido se ha formado la jurisprudencia. La sala de casación de Bruselas declaró que no habiendo ley que determine los caracteres del pasante de notario, correspondía al juez de los autos resolver si el testigo á quien se tiene por incapaz por su calidad de pasante la tiene efectivamente ó no. (3) El tribunal del mismo Bruselas re-

1 Rolland de Villargues, *Repertorio del Notariado*, palabra *Pasante*, núm. 7.

2 Goin-Delisle, pág. 420, núm. 34 del artículo 980. Demolombe, t. 21, pág. 219, núm. 209.

3 Denegada de 7 de Mayo de 1819 (*Pasicrisia*, 1819, pág. 369).

solvió que el que habitualmente trabaja en una notaría, debe reputarse como pasante aun cuando no esté inscrito en el cuadro ó registro, mientras que el que trabaja con un notario como aspirante al notariado, pero sin sueldo, no es pasante, cuando sus labores ordinarias se reduzcan á llevar el registro de contribuciones, á levantar las actas de dominio nacionales y otras labores ajenas al notariado. En el caso á que nos referimos, el individuo de quien se trataba estaba inscrito en el registro de pasantes, y el tribunal no hizo mérito de la prueba que pudiera resultar del registro, el cual fué rectificado; pero aun sin esa rectificación la cuestión seguía siendo puramente de hecho. (1)

El trabajo habitual del empleado, dice la sala de casación es lo que le da calidad de pasante, como lo entiende el artículo 975. (2) ¿Cuándo deberá decirse que hay ese trabajo habitual? Esto no es más que dificultad de hecho. Una misma persona tiene á veces ocupaciones diversas por las cuales recibe sueldo. No es requisito que el pasante esté exclusivamente ocupado en el estudio, para que tenga esa calidad, siempre que ese estudio sea su ocupación habitual; y así, el pasante no dejará de serlo por el hecho de servir como secretario de un ayuntamiento. Asimismo, si tiene alguna otra ocupación que deba considerarse como principal, tampoco tendrá la calidad de pasante, aun cuando al mismo tiempo trabaje en una notaría, como lo serían, por ejemplo, un empleado del Monte de Piedad, (3) un comerciante, (4) ó un agrimensor. (5) También está ya resuelto que el que está inscrito como pasante y habitual-

1 Bruselas 12 de Abril de 1810 y Marzo 20 de 1811 (Dalloz, número 3319).

2 Denegada de la sala de lo civil, 25 de Enero de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 63).

3 Bruselas, 19 de Diciembre de 1812 (*Pasicrisia*, 1819, pág. 368).

4 Grenoble, 7 de Abril de 1827 (Dalloz, núm. 3,102).

5 Colmar, 4 de Noviembre de 1857 (Dalloz, 1859, 2, 129). (nota de la palabra *Agrimensor*).

mente escribe para un notario, no puede ser tenido como pasante, si es comerciante y además escribe para el receptor del registro, para el ujier ó para el director de calzadas y caminos: ¿cuál de todas estas ocupaciones es la principal? El juez será quien resuelva la cuestión, habiéndose hecho esto ya en el sentido de que en la reducida población donde residía el notario no había pasantes con título, porque el corto número de escritos que autorizaba el notario no le permitía tener pasantes; lo cual es decisivo. (1) Puede el trabajo ser irregular; pero si constituye la ocupación principal del que le desempeña, la irregularidad con que le recibe el notario no impedirá que su empleado sea pasante. (2)

¡Cuántos pleitos para resolver si un individuo es pasante, ó no! Es que en sustancia no hay cuestión más importante y trascendental, toda vez que de ella depende la validez del testamento, lo cual compromete graves intereses materiales y pone en juego las más vivas pasiones. Mal cuya gravedad bien pudo disminuir el legislador moderando su propia severidad. ¡Que no vaya pues, el interprete más allá, inventando nuevas causas de incapacidad que la ley ignora

277. Dispone la ley de 25 ventoso, año XI (art. 10), que no pueden ser testigos los parientes y deudos de las *partes contratantes*, en línea recta sin limitación de grados, ni en la colateral hasta el de tío ó sobrino. ¿Aplicase también á los testamentos este género de incapacidad? Aceptado el principio de que la disposición especial del artículo 975 deroga las generales de la ley de ventoso (núm. 270) es evidente la consecuencia: no hay más clase de incapacidad relativa que las que enumera el código. Por consiguiente,

1 Agen, 31 de Julio de 1854 y denegada, 13 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1855, 1, 112) (nota de la palabra decisivo).

2 Rennes, 23 de Junio de 1856 y denegada de la sala civil, 25 de Enero de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 63).

los deudos y parientes del testador son capaces de ser testigos. El tenor mismo de la ley de ventoso resiste que se la aplique por extensión; el artículo 10 habla de las *partes contratantes*, y en materia de testamentos no hay *partes contratantes*; luego tampoco hay incapacidad que tenga su origen en esas mismas partes. Poco importa que esto sea, ó no, una anomalía; lo cierto es, que ningún género de duda ofrece la resolución de este punto, solución que admiten los autores y la jurisprudencia. (1)

278. ¿Pueden ser testigos los deudos y parientes del notario? Discútese este punto, lo mismo que el relativo á los criados del notario mismo. Nosotros tenemos por inútiles todas estas cuestiones que vienen á hacer del derecho un mar de dudas. La presente cuestión jurídica es idénticamente la misma de que acabamos de tratar y acerca de la cual todos están en perfecto acuerdo. El artículo 10 de la ley de ventoso excluye como testigos en los instrumentos autorizados por notario á los parientes y deudos de éste, á sus criados y á los que les prestan cualquier servicio; y como el código civil no reproduce estas causas de incapacidad, es lógico inferir que en ese punto deroga la citada ley. En nuestro caso, es palpable además la intención en el legislador de derogar, intención que resulta de la incapacidad del artículo 975. La ley de ventoso declara incapaces á los pasantes del notario y á los que le prestan algún servicio. ¿Qué hace el código? Sostener la misma incapacidad en cuanto á los pasantes; pero en cuanto á los sirvientes, parientes y aliados del notario, no dice nada. Es, pues, cierta la mente de derogar, puesto que si hubiese querido el legislador referirse á la ley de ventoso habría sido inútil mencionar á los pasantes, estando ya comprendidos en el artículo 10; reproducir la disposición de la ley de

1 (Merlin, *Repertorio*, palabra *Testigo instrumental*, pfo. 2º, número 3, 18º (t. 33, pág. 53 y todos los autores. Compárese con lo resuelto en Metz, Marzo 23 de 1820 (Dalloz, núm. 3,202).

ventoso únicamente para los pasantes, es lo mismo que decir que ellos son los únicos que tienen incapacidad. (1) El informante del tribunado, Jaubert, lo dijo; "No se puede invocar la ley general (la de ventoso, año XI) en materia de testamentos, en la cual una ley particular arregla todo lo que hace relación á los testigos." (2)

¿Cómo es, entonces, que los mismos autores que admiten el principio de que una ley general queda abrogada por otra especial en los puntos que esta regla ceden ante la consecuencia que se desprende de él? Porque la aplicación del principio conduciría á anomalías de tal manera absurdas, que no es posible creer haya estado en la mente del legislador el consagrarlas. ¡Cómo! dicen, el legislador sospecha y desecha de los testamentos el testimonio de los primos y deudos de los legatarios hasta el cuarto grado inclusive, y admite no obstante ese testimonio en el propio grado tratándose de los instrumentos autorizados en general, y se quiere que admita en los testamentos el testimonio de los parientes y deudos del notario, cuando le rechaza respecto de los demás instrumentos ordinarios. ¡Cómo! Sospecha de los pasantes del notario y los excluye de ser testigos, ¡y había de dar crédito á los que le sirven! Esto es imposible. (3) Contestaremos con el tribunal de Bruselas: *Non de legibus sed secundum leges judicandum.* (4) ¿Qué importan las anomalías cuando son la consecuencia del principio de la derogación tácita que resulta de la especialidad del artículo 975? Si el principio es cierto (y no hay quien se atreva á desconocerle), fuerza es aceptar sus consecuencias, ó si no se quiere éstas, rechazar aquel principio. En cuanto á las anomalías, no deben preocupar al intérprete,

1 Caen, 4 de Diciembre de 1812 (Dalloz, núm. 3,201).

2 Jaubert, Informe, núm. 57 (Loché, t. 5º, pág. 356).

3 Duranton, t. 9º, pág. 142, núm. 115. Troplong, t. 2º, pág. 57, núm. 1,606.

4 Bruselas, 25 de Febrero de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 142).

porque toca al legislador y no al juez corregir las leyes. Nosotros asentamos por conclusión, que tanto los parientes y deudos como los sirvientes del notario pueden ser testigos, y nos felicitamos por un resultado como éste, que disminuye las probalidades de nulidad del testamento. Hay ya muchas y vienen á recaer todas ellas no sobre las partes, quiere decir, sobre el testador, sino sobre los legatarios que no cuentan con medio alguno para evitarlas. (1)

279. ¿Pueden ser testigos los domésticos del testador y de los legatarios? Ninguna duda hay sobre este particular, puesto que con su silencio resuelve el código la cuestión. Todo belga puede ser testigo en un testamento, mientras no haya una ley que le declare incapaz, y el código trae una disposición especial que determina los motivos de incapacidad relativa; pero pues que los domésticos del testador y de los legatarios no están comprendidos entre los incapaces, quedan por ende incluidos en la regla, que es la capacidad. Tales son la jurisprudencia belga (2) y la francesa, (3) así como la doctrina de los autores. (4)

280. ¿Pueden ser los testigos parientes ó deudos entre sí? La contestación que debe darse á esta pregunta es la misma, fundada en los propios motivos. Sin embargo, se ha sostenido que la incapacidad que hay entre los notarios debe haber también entre los testigos, puesto que hacen veces de notario y tienen carácter de tal, transitoriamente, los dos testigos á quienes se llama para presenciar la

1 Compárese con lo que en sentido opuesto opinan los autores citados por Aubry y Rau, t. 5º, pág. 509, nota 20, pfo. 670, y con Demolombe, t. 21, pág. 221, núm. 213. La jurisprudencia seguida por los tribunales de Bélgica está de acuerdo con nuestra opinión. Bruselas, 25 de Febrero de 1867, y denegada 13 de Diciembre de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 141, 1868, 1, 7).

2 Denegada de la sala de casación de Bélgica, 22 de Enero de 1858 (*Pasicrisia*, 1858, 1, 53).

3 Caen, 4 de Diciembre de 1812. Denegada, 3 de Agosto de 1841 (Dalloz, núms. 3,201 y 3,152).

4 Vazeille, t. 2º, pág. 470, núm. 9 del artículo 975 y todos los autores.