

temporal de que habla la ley de Partida, sea la en que se entra en la posesion material de la herencia, no puede decirse que los Establecimientos de Beneficencia estén incapacitados para adquirir bienes raíces con posterioridad al año 1858, porque por la ley de 1.º de Mayo de dicho año se faculta á dichos establecimientos para tales adquisiciones, aunque á condicion de convertirlos en efectos públicos (Sentencia 28 Diciembre 1861).

No tiene aplicacion la ley 22, tit. III, Partida 6.ª, que habla de los tres tiempos en que el heredero ha de tener capacidad para adquirir la herencia, cuando no se trata de herederos sinó de legatarios, los cuales se gobiernan sobre el particular por otra ley diversa que únicamente exige la capacidad al tiempo de la muerte del testador (Sent. 11 Diciembre 1865).

Instituido heredero un hijo natural del testador, no debe exigírsele la capacidad de adquirir en las tres épocas que requiere la ley para que tenga efecto la sucesion de los extraños (Sent. 22 Marzo 1869).

Cuando la institucion de herederos se hace condicionalmente y para cuando haya llegado el caso de que el nombrado sea capaz, no tiene aplicacion la ley 22, tit. III, Partida 6.ª, ni su doctrina en cuanto á los tres temporales en que requiere capacidad para los extraños impuestos por heredero de otro, sinó que basta que la tengan en el último, ó sea cuando se otorgan por herederos (Sent. 19 Enero 1875).

COMENTARIO

Tratándose de herederos que sean hijos ó descendientes del testador rige un principio distinto de cuando el instituido fuere un extraño. Tambien es diversa la regla que se aplica al caso de la sucesion á título de heredero y por título del legado.

Hé aquí las palabras de la ley: *Los herederos que dicen suyos (1) assi como los que descenden del testador, maguer a la sazón que los estableciessen fuesen atales, que non pudiesen ser puestos por herederos de otro si al tiempo que el padre o el auuelo muriessen, non ouiessen este embargo podrian auer la herencia dellos. Mas los otros herederos a que llaman necesarios, deuen ser atales, en el tiempo que los señores, por herederos e a la sazón de*

(1) La clasificacion de herederos suyos, necesarios y extraños, carece hoy de aplicacion. En su lugar se ha aceptado la de forzosos y voluntarios; pero en muy diverso sentido.

la muerte de los testadores, que non hayan algunos de los embargos que dizen en las leyes deste nuestro libro, porque non puedan ser herederos. Pero los herederos que son dichos extraños, ha menester que sean de tal condicion, que non puedan ser embargados por razon de sus personas, en tres temporales. El primero es quando los establecen por herederos. El segundo quando mueren los testadores. El tercero quando se otorgan por herederos. Ca si en qualquier destes temporales ouiessen alguno de los embargos porque non puedan los omes ser herederos, perderian por ende la herencia: e auerlo y han los otros que fuessen establecidos en su lugar dellos...

En cuanto al legatario, áun cuando sea extraño, bastará que tenga capacidad en la época en que falleciere el testador.

Una duda nace de la ley que comentamos. Tratándose de herederos suyos, assi como los que descenden del testador, se atenderá únicamente al tiempo de la muerte de éste; si fuesen extraños se atenderá á los tres temporales; pero ¿y si el instituido fuere un ascendiente del testador? La ley no prevé este caso, puesto que habla de descendientes y extraños, denominaciones que no necesitan explicacion, y ademas de suyos, que, segun otra ley de Partida, «son llamados aquellos que son hijos o nietos o visnietos del fazedor del testamento, si fueren en poder del a la sazón que los fizieren herederos». De manera que no estando los padres y abuelos comprendidos en la categoria de suyos ni en la de descendientes, parece que se deberán considerar como extraños, y en tal concepto exigírseles capacidad para adquirir por testamento, en los tres temporales o épocas designadas por la ley.

En cuanto á las instituciones condicionales, se observarán las mismas reglas, salvo si la condicion fuere que el incapaz instituido se entienda para cuando sea capaz, en cuyo caso no tiene aplicacion el precepto legal, segun declaracion del Tribunal Supremo, que puede verse en el lugar correspondiente.

Por último, no nos ocupamos en este lugar de la institucion ni del derecho de acrecer de que se ocupan las últimas palabras de la ley, porque en otros lugares nos ocupamos de ambas materias con la extension precisa.

Artículo 937.—La indignidad ó incapacidad relativas á una persona, no se extiende

á las demas que tengan participacion en la herencia.

ORÍGENES

Ley 16, tit. VII, Partida 6.ª

Ley 4.ª, tit. IX, lib. III, Fuero Real.

COMENTARIO

La incapacidad y la indignidad son circunstancias personalísimas, y que, por lo mismo, no pueden perjudicar más que al instituido en quien existan: «la desconocencia del heredero en no querer vengar la muerte de aquel á quien hereda, non debe empescer a los otros que non

avian culpa...» El mismo precepto se desprende de todas las leyes que hablan de esta materia, que, por otra parte, no puede ser más conforme con la justicia. Por otra parte, considerada la indignidad ó incapacidad del nombrado heredero como un caso en que se anula la institucion, debe seguirse el principio general aplicable á tales casos, y por consiguiente, considerar como válido lo demas del testamento, verificándose el derecho de acrecer en los casos en que pueda tener lugar, con arreglo á otras leyes, ó llamando á aquellos á quienes corresponde la herencia por ministerio de la ley, á tenor de lo establecido en la ley 1.ª, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec.

CAPÍTULO VI

DE LA INSTITUCION Y SUSTITUCION DE HEREDERO

SECCION PRIMERA

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO

Artículo 938.—La institucion de heredero ha de hacerse por el mismo testador de una manera cierta, designándole de modo que no haya lugar á duda respecto de su persona.

El simple error de nombre cuando, por otra parte, resulta clara la voluntad del testador, no invalida la institucion; pero sí cuando el error fuere acerca de la persona del instituido.

Si el testador calificase al sustituido por algun delito ó falta de moralidad determinada, la institucion es nula; pero subsistirá si generalmente dijese mal de él.

ORÍGENES

Leyes 6.ª, 10 y 12, tit. III, Partida 6.ª

Final de la ley 13 del mismo título y Partida.

JURISPRUDENCIA

Sent. 30 Junio 1866.

Es válida la institucion, aunque en ello no aparezca el nombre del instituido, siempre que el testador haya expresado su intencion, de manera que sea imposible dudar acerca de la persona á quien se refieren sus palabras (Sentencia 18 Junio 1857).

El contrato en que uno promete á otro por escritura solemne dejarle sus bienes, obliga al que le ofrece á instituir heredero al favorecido si otorga testamento; y no otorgándolo, da á éste derecho para ser heredero (Sentencia 30 Junio 1858).

Al autorizar el testador á persona de su confianza para distribuir sus bienes con arreglo á sus instrucciones, no hace una verdadera institucion de heredero, y de consiguiente no son aplicables á este caso las leyes que declaran cómo debe hacerse el establecimiento de heredero (Sent. 11 Enero 1860).

Tanto en las instituciones de heredero como en las instituciones á dia cierto ó que indudablemente ha de venir, por más que se ignore cuán-

do, son legales, se equiparan á las puras y crean derechos trasmisibles á los herederos de los instituidos y á los de los sustitutos desde el fallecimiento del testador (Sent. 4 Abril 1866).

Es lícita y legal la institucion de heredero hecha en favor del alma del testador, pues léjos de haber ley ó doctrina que lo prohiba, está autorizada por derecho canónico, por la Real cédula de 30 de Mayo de 1830 y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sents. 15 Marzo 1864 y 24 Diciembre 1866).

COMENTARIO

HEREDEM INSTITUERE en latin, tanto quiere dezir en romance como establecer un óme a otro por su heredero, de manera que finque señor, despues de su muerte, de lo suyo, o de alguna partida dello en logar de aquel quel estableció, segun expresa la ley de Partida.

Nuestro artículo comprende la doctrina de diversas leyes de Partida.

En primer lugar establece la forma en que la institucion debe tener lugar. «Ciertamente; debe el fazedor del testamento nombrar aquel que quiere establecer por su heredero diciendo: Fulano quiero que sea mio erederero (nombrándolo por su nome) que sea erederero en todo ó en parte; como el testador toviere por bien. E por aventura el testador dixere en su testamento: Fulano sea heredero; cumple esta palabra maguer non diga mio. E aun dezimos, que si fallasen escrito en testamento: Que fulano erederero (nombrándolo el testador) non dixesse sea, ó se fallasse escrito: Fulano sea: e non fuesse y puesto, mio, nin heredero; valdria el establecimiento que fuesse fecho en alguna destas maneras. E esto es porque sospecharon los Sabios antiguos que el facedor del testamento auria dichas todas las palabras que deben dezir en establecer el erederero, como quier que non se fallen assiescritas. Otro si si por aventura non las ouiesse assi dichas sospecharon que esta mengua auiniera por agrauamiento dela enfermedad e non por otra cosa: pues que el testador le falla acabado en todas las otras cosas. Mas si vna palabra solamente se fallasse escrita en el testamento como si dixesse el testador: Fulano: o dixesse: Heredero: e non nombrase quien, non valdria estonce el testamento; porque por tales palabras non podria tomar ome eierta sospecha nin entendimiento verdadero, del fazedor del testamento. E sobre todo dezimos que el establecimiento del heredero se puede aun fazer por otras palabras: assi co-

mo si dixesse aquel que lo fazia: Fulano sea mio heredero: ó quiero ó mando que lo sea: o si dixesse: Fulano sea señor de todas mis heredades: o aya todos mis bienes: ó dexol todo lo que he: ó otras palabras cualesquiera semejantes destas, porque se pudiesse mostrar su voluntad en esta razon.»

La claridad en la institucion, la designacion del heredero de manera que racionalmente se comprenda la voluntad del testador es lo que en último resultado quiere la ley copiada.

La 10. del mismo título y Partida añade: «Dos amigos auiendo el testador que ouiesse un mismo nome, si quisiesse alguno dellos por heredero suyo, de tal manera deue nombrar e señalar aquel á quien quiere dexar lo suyo, por su nome ó de su padre, ó por otras señales que pueda ser sabido ciertamente quien es aquel que dexa por su heredero. Ca si de otra guisa fiziese, tal establecimiento como este non valdria: e aurian los bienes del testador los parientes mas propinquos, bien assi como si muriesse sin testamento. Pero dezimos que por tales señales deue nombrar heredero que non sea deshonorado nin mal enfamado. Ca si dixesse el testador: Dexo por mio heredero a fulano, que judgó el Rey por traidor; ó que es herege; o dixesse del otro gran mal señaladamente, por que el otro fuesse deshonorado ó mal enfamado, non valdria tal establecimiento de erederero. Mas si el testador dixesse generalmente mal, diciendo assi: Establezco por mio erederero á fulano, maguer que sé que es malo: e non dixesse señaladamente aquella maldad de cual yerro descendiera, valdria al establecimiento. E esso mismo seria si dixesse: Sea mio heredero aquel maldito fijo, maguer non fizo nunca servicio, porque lo mereciesse. Otrosi dezimos que si el testador dixesse assi: Establezco por mi heredero el vno de mis hermanos (nombrándolos), aquel que casare con fulana muger; el que casasse con ella seria erederero del testador».

Por último, en la ley 12 se dice: «Errando el testador en la persona de aquel á quien estableció por heredero, cuydando establecer a uno estableciesse a otro; tal establecimiento non valdrá, porque erró en él. E esto seria como si alguno quisiesse fazer su heredero a otro ome que ouiesse seydo su señor, e estouiesse otro ante él, que non fuesse aquel su señor, mas otro que le semejasse; e cuydando el testador que lo era dixesse assi: Este que fué mio señor é me aforró, e está ante mi establezco por mio heredero. Ca entonce non seria erederero aquel

su señor a quien cuydaba establecer, porque non fué nombrado nin escrito en el testamento. Nin lo seria otro si el otro maguer sea presente cuando lo estableció: porque el testador erró en la persona dél, cuydando que era su señor. E esso mismo seria en las cosas que el testador mandasse cuydando mandar a vno vna aza é errase mandandola a otro assi como sobredicho es».

En otra ley de las citadas se añade: Otrosi dezimos que seyendo cierto el fazedor del testamento qual es aquel que establece por su heredero o a quien manda algo en el testamento, maguer errase en el nome o en el sobrenome del, valdria lo que assi ordenase o mandasse. Ca por tal yerro como este non se tuelle la verdad, pues qué cierto es de la persona de aquel a quien face la manda o dexa por su heredero».

Del contexto literal de estas leyes parece deducirse que es preciso que la persona del heredero se designe con su nombre y apellido. La jurisprudencia admitida es otra, y basta, por consiguiente, que aparezca indudable la voluntad del testador para que deba ser cumplida.

La minuciosidad de las leyes trascritas, unida á las aclaraciones de las sentencias del Supremo Tribunal, hacen innecesaria una prolija explicacion de estos preceptos.

Hemos, si, de consignar, que por la ley 9.^a del mismo título y Partida, se dispuso que, si el nombrado heredero en testamento lo fuere solamente en aquella porcion que haya de señalarse en codicilo, y en éste se omitiese designar aquella porcion, se entenderá que lo es de todos los bienes que expresamente no se hubieren dejado á otro, y que si fuesen varios los herederos instituidos recibieran porciones iguales, salvo las disposiciones en contrario del testador. Esta doctrina ha perdido hoy su importancia y hasta su aplicacion despues de lo establecido en la ley 3.^a de Toro que quitó todo su valor á las disposiciones codicilares, como decimos más adelante (Véase art. 942).

Artículo 939.—El designar el testador al nombrado heredero como su hermano en señal de afecto y amistad, no siéndolo, no invalida la institucion.

ORÍGENES

Ley 13, tit. III, Partida 6.^a

COMENTARIO

La denominacion de hermano dada como

muestra de afecto y cariño á aquel á quien se instituye heredero, no invalida la institucion. «Amistad muy grande han los omes vnos con otros, de manera que se aman bien assi como si fuesen hermanos, e dexa el uno al otro lo suyo, diziendo assi a sabiendas: Este mi hermano establezco por mi heredero: tal establecimiento como este dezimos que deue valer, maguer non fuesse su hermano: e non deue ser contado por yerro aquella palabra que dixo hermano: porque deue ome sospechar, que se lo dixo por razon del gran amor que auia con el, pues quel dexaua todo lo suyo».

Esta ley, por consiguiente, confirma de una manera indirecta el mismo principio anteriormente consignado de que, siempre que la voluntad del testador se haya manifestado de manera que sea imposible dudar acerca de la persona á quien se refiere el testador, debe la voluntad de éste ser cumplida.

Lo contrario sucedería si en vez de llamarle hermano sabiendo que solamente era amigo, lo dijera en la falsa creencia de que, real y positivamente existía dicho parentesco.

Artículo 940.—La institucion de heredero no es necesaria para la firmeza del testamento.

Tampoco lo es la aceptacion de la herencia por el heredero.

En uno y otro caso se cumplirán las disposiciones del testamento; y en el resto de los bienes de que no hubiese dispuesto el testador, se heredará con arreglo al Título siguiente.

ORÍGENES

Ley 1.^a, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

Sent. 8 Junio 1861.

Sent. 31 Diciembre 1864.

COMENTARIO

Por Derecho Romano, la institucion de heredero era tan absolutamente necesaria en el testamento, que sin ella verdaderamente el testamento no existía. Las leyes de Partida, siguiendo fielmente las inspiraciones de aquel derecho, establecen que el fundamento e raiz de todos los testamentos, de cual natura quier que sean, es establecer herederos en ellos.

Pero nuestra ley Recopilada, que es la 2.^a,

tit. XIX del Ordenamiento de Alcalá, dispuso que... «y mandamos que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en cuanto á las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno: y entónces herede aquel que, segun derecho y costumbre de la tierra, había de heredar en caso que el testador no hiciere testamento: y cúmplase el testamento. Y si el testador instituyese heredero en el testamento y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas y en las otras cosas que en él se contienen. Y si alguno dejare á otro en su postrimera voluntad por heredero, ó le legare ó mandare alguna cosa para que la de á otro alguno á quien sustituyere en la herencia ó manda, si el tal heredero ó legatario no quisiere aceptar ó renunciare la herencia ó legado, el sustituyó ó sustitutos lo puedan haber todo».

Por consecuencia de lo dispuesto en esta ley, hoy se puede morir parte testado y parte intestado, ó lo que es lo mismo, la herencia de una persona puede deferirse en parte por la voluntad del hombre, y en otra parte por la disposicion de la ley, doctrina que de ningun modo admitieron las leyes romanas.

En la parte que el testador hubiere dispuesto se respetará su voluntad. En aquello que no hubiera testado, se observará lo dispuesto por la ley para los que fallecen sin testamento.

Artículo 941.—Los herederos instituidos sin designacion de partes heredan con igualdad.

Si unos herederos fueren instituidos con designacion de partes y otros sin esta designacion, los primeros heredan las señaladas y los segundos todo lo demas.

Si fueren cuatro los instituidos, designando para uno la mitad de la herencia y para otro la otra mitad, sin señalar parte alguna para los restantes, los cuatro recibirán iguales porciones.

Si fueren tres los instituidos y se les adjudicaren las tres cuartas partes de la herencia, siempre que el testador no dispusiere de la otra cuarta parte, se observará respecto de ella, lo preceptuado en el último párrafo del artículo anterior.

ORÍGENES

Ley 17, tit. III, Partida 6.^a

Ley 1.^a, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Ley 9.^a, párr. 12, tit. V, lib. XXVIII, Digesto.—Párr. 6.^o, tit. XIV, lib. II, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Sent. 13 Marzo 1861.

Con arreglo á la ley 17, tit. III, Partida 6.^a, cuando el testador estableciese tres ó cuatro por sus herederos ayuntadamente, no diciendo cuánta parte de la herencia da á cada uno, serán herederos todos igualmente, salvo si su intencion fuese la de dar á los unos más que á los otros, pues entónces debe señalar en cuánta parte establece á cada uno de ellos (Sent. 10 Diciembre 1866).

Cuando el testador instituye á uno por su heredero en cosa cierta ó señalada, y á otro distinto en el resto de sus bienes en términos indeterminados, el primero ha de haber tan sólo aquello que específicamente le fué designado, y el segundo herederá todo lo que fincare demas de la heredad é de las mandas é de las debdas (Sent. 13 Marzo 1863).

COMENTARIO

Esta ley tiene por objeto decidir algunos casos que pudieran presentarse. No necesita de más explicacion que su mismo texto, dice así: «Tres o quatro omes estableciendo el testador por sus herederos ayuntadamente, non diziendo quanta parte de la erencia da a cada vno, dezimos, que serán erederos todos igualmente. Más si su entencion del testador fuesse a tal, que quissiese dar mas a los vnos que a los otros, estonce deue señalar en quanta parte establece a cada uno de ellos. E si lo fiziere assi cada vno dellos se deue tener por pagado con aquella parte que señaló: e non deue mas demandar nin auer. E si acaesciese a omes ciertos, por herederos, en partes ciertas a cada vno; e demas dellas dixesse, que establece a otro eredero non le señalando cierta parte, estonce cada vno dellos heredará aquella parte que le señaló. E el otro, quier que sea vno o mas, a quien non señaló parte eredará todo lo que fincare demas de la eredad e de las mandas é de las debdas. Otrosi dezimos, que si algun ome estableciesse en su testamento a quatro omes por herederos en esta manera; dando a vno la meytad de la heredad e al otro la otra meytad: e a los otros dos non les señalasse parte ningu-

na. En tal caso como este aquellos a quien estableció por herederos en partes ciertas, eredarán la meytad e non mas, e partirla han entre si igualmente. e los otros dos a quien non señaló parte eredarán la otra meytad de todos los bienes del testador, e partirlo han entre si igualmente. E aun dezimos, que si el testador partiese su heredad en quatro partes de manera que estableciesse en las tres partes herederos igualmente, non dando al vno mayor parte que a los otros; si non fiziesse mencion de la quarta parte que remanesciesse deuenla partir entre si ellos mismos, a quien estableció por herederos en las tres partes: tomando cada vno dellos tanto el vno como el otro. Mas si estableciesse por heredero alguno dellos en mayor parte que a los otros, estonce deuen partir la quarta parte sobredicha segun la quantia en que fue cada vno establecido heredero».

Esta ley ha sido modificada en parte por la 1.^a, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec., y con arreglo á ella (que dejamos trascriba en el comentario del artículo anterior), en el caso de dividir el testador sus bienes en cuatro partes, y adjudicase una de ellas á cada uno de los tres instituidos, respecto de la otra cuarta parte que no fué objeto de disposicion especial se sucederá abintestato.

Artículo 942.—En la institucion de heredero no puede prescindirse de las solemnidades que se marcan en el art. 887 ó en el 888 para cada caso, salvo si concurriera el Rey á su otorgamiento.

La institucion en que se hubieren omitido aquellas solemnidades, y la condicion impuesta del mismo modo al designado en testamento, no tienen fuerza legal.

ORÍGENES

Ley 5.^a, tit. I, Partida 6.^a

Leyes 7.^a y 8.^a, tit. III, Partida 6.^a

Ley 2.^a, tit. XII, Partida 6.^a

JURISPRUDENCIA

El codicilo es válido cuando no se justifica, como las leyes exigen, la falsedad imputada al mismo (Sent. 16 Noviembre 1844).

Habiéndose ordenado por la ley 3.^a, tit. XVIII, lib. X, de la Nov. Rec., que en los codicilos intervenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo ó abierto, conforme á la ley del Ordenamiento de Alcalá, in-

roduciendo tan importante modificacion en lo que se hallaba dispuesto por las leyes de Partida y no existiendo las razones en que se fundaba el diverso carácter que con arreglo á ellas tenían unas y otras últimas voluntades, han debido cesar tambien las restricciones que dichas leyes establecen respecto de los codicilos (Sentencias 27 Junio 1864 y 21 Junio 1867).

Si bien por la ley 2.^a, tit. XII, Partida 6.^a, no se permite que por codicilo se haga institucion directa de heredero, ni imponerle condicion, ni desheredarle, autoriza, sin embargo, los fideicomisos y no prohibe el dejar legados de ninguna especie (Sent. 1.^o Octubre 1874).

COMENTARIO

En Roma hubo dos clases de últimas voluntades: una solemne, el testamento: otra ménos solemne, el codicilo. En el primero se disponia de los bienes á título universal ó de herencia: en el segundo á título singular ó de legado; en el primero, se instituía el heredero: en el segundo, solamente podian hacerse mandas. Uno y otro revestían una de estas dos formas, nuncupativa é *in scriptis*. La ley de Partida conservó del mismo modo la division entre el testamento y el codicilo, cuyas solemnidades externas eran diversas y menores en el segundo que en el primero.

Mas las disposiciones del Código Alfonsino han sufrido profunda modificacion por la ley 3.^a de Toro (2.^a, tit. XVIII, Nov. Rec.), que estableció: *Y en los codicilos intervenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo ó abierto, conforme á la dicha ley del Ordenamiento.*

¿Hasta dónde alcanza la reforma introducida por esta ley?

¿Ha borrado completamente los codicilos de nuestro Derecho?

No se muestran conformes los autores al resolver esta gravisima dificultad.

La ley de Toro habló de codicilos sin distinguir á cuál de ellos se referia, toda vez que la ley de Partida reconoce los abiertos y los cerrados.

¿A cuál de ellos se referia la ley de Toro? Gregorio Lopez, y con él Antonio Gomez, Sala y Matienzo, opinan que la ley de Toro se refirió única y exclusivamente al codicilo abierto, pero que en cuanto al cerrado dejó subsistente la legislacion romana y han de concurrir cinco testigos. En contrario se expresan Búrgos de Paz, Menchaca, Llamas, La Serna y Gutierrez