

rrioridad á 1.º de Mayo de 1889, las doctrinas que comprenden las reglas primera, tercera y cuarta de las *disposiciones transitorias*

Cuarta. En último término, y por igual razón de doctrina, se aplicará la regla *décimotercera*, según la cual, los casos no comprendidos *directamente* en las demás, se resolverán aplicando los *principios* que les sirven de *fundamento*.

§ 2.º

Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.

100. ENUMERACIÓN DE LAS APLICABLES Á LAS MATERIAS DE ESTE CAPÍTULO.—En lo relativo á este punto, constituyen dichas *fuentes*:

1.ª Los artículos del Código civil que se transcriben y explican en el Art. II de este Capítulo.

2.ª La sec. 5.ª del cap. 2.º, tít. 2.º, lib. II de la ley de Enjuiciamiento civil.

3.ª La sec. 2.ª, tít. 2.º, lib. I del Código de Comercio.

4.ª Los arts. 33, 34 y 37, núm. 3.º y demás concordantes de la Ley Hipotecaria, vigente desde 1.º de Enero de 1871 y últimamente reformada en 21 de Abril de 1909, según su edición oficial de 16 de Diciembre del mismo año.

CAPÍTULO XX

SUMARIO.—Actos jurídicos (continuación).—ACTOS NOTARIALES.

Art. I. DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de los ACTOS NOTARIALES.*—1. Fundamento del Notariado.—2. Fines que realiza.—3. Su necesidad.—4. Precedentes histórico-legales del Notariado.—5. Del Notario.—6. Su concepto legal.—7. Cualidades.—8. Sus atribuciones, derechos y premios.—9. Sus prohibiciones é incompatibilidades.—10. Sus responsabilidades.—11. Instrumentos notariales.—12. Escritura matriz.—13. Sus requisitos intrínsecos y extrínsecos.—14. Explicación de las partes en que se divide (comparecencia, exposición, estipulación ó disposiciones, otorgamiento y autorización).—15. Testigos de las escrituras; su distinción y reglas.—16. Otras precripciones sobre las escrituras matrices.—17. Copias, sus clases y reglas.—18. Actas notariales y sus reglas.—19. Testimonios y sus reglas.—20. Legalizaciones.—21. Protocolo.—22. Archivos notariales.—23. Eficacia de los instrumentos notariales.—24. Conclusión.

§ 2.º *Jurisprudencia anterior al Código civil.*—25. Notariado.—26. Instrumentos notariales (escrituras públicas).

Art. II. CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Texto.*—27. *Diversas aplicaciones del Código á las funciones notariales.*—*a.* Licencia y consejo para el matrimonio.—*b.* Legitimación.—*c.* Reconocimiento de hijos naturales.—*d.* Adopción.—*e.* Tutela: inventario.—*f.* Emancipación voluntaria.—*g.* Testamentos.—*h.* Donaciones de inmuebles.—*i.* Aceptación de herencia á beneficio de inventario.—*j.* Necesidad de la forma de documentos públicos (escrituras públicas).—*k.* Capitulaciones matrimoniales.—*l.* Bienes parafernales.—*m.* Compraventa.—*n.* Arrendamiento.—*o.* Censo enfiteútico.—*p.* Prenda.—*q.* Hipoteca.—*r.* Prescripción de derechos y suplementos de los Notarios.—28. Instrumentos notariales.

§ 2.º *Jurisprudencia, según el Código civil.*—29. Instrumentos notariales.

§ 3.º *Explicación.*—30. Inicial.—31. *Diversas aplicaciones del Código á las funciones notariales.*—*a.* Licencia y consejo para el matrimonio.—*b.* Legitimación.—*c.* Reconocimiento de hijos naturales.—*d.* Adopción.—*e.* Tutela: inventario.—*f.* Emancipación voluntaria.—*g.* Testamento.—*h.* Donaciones de inmuebles.—*i.* Aceptación de herencia á beneficio de inventario.—*j.* Necesidad de la forma de documento público.—*k.* Capitulaciones matrimoniales.—*l.* Bienes parafernales.—*m.* Compraventa.—*n.* Arrendamiento.—*o.* Censo enfiteútico.—*p.* Prenda.—*q.* Hipoteca.—*r.* Prescripción de derechos y suplementos de los Notarios.—32. Instrumentos notariales.

Art. III. RÉGIMEN VIGENTE.

§ 1.º *Criterio de transición.*—33. Reglas de Derecho.

§ 2.º *Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.*—34. Enumeración de las aplicables á las materias de este capítulo.

ART. I

DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL

§ 1.º

Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de los actos notariales.

1. La institución del Notariado es complemento necesario de la vida civil. La libertad individual, ejercitada dentro de la esfera de la ley, y creadora en prodigioso número, y con infatigable actividad de vínculos y relaciones entre los particulares, para el desarrollo de los fines de su personalidad, de su familia, de su propiedad, de su sucesión *mortis causa* y de toda especie de prestaciones contractuales y de derechos patrimoniales, en fin, necesita ir constantemente asistida de medios, por virtud de los cuales se dote todo el inmenso cúmulo de aquellas relaciones civiles de caracteres de *legitimidad, facilidad, certeza, permanencia y eficacia*; y el Notariado, mejor que ninguna otra institución, realiza estas indispensables exigencias de la vida civil.

2. Asegura la *legitimidad* de los actos civiles por la intervención en ellos del Notario, que, como persona perita, impide ó *debe impedir* que la voluntad humana haga creaciones fuera del supremo molde de la ley.

Presta *facilidad* á los mismos, porque el Notario, por su condición pericial, acomoda á los medios más *expeditos*, dentro del orden legal, la voluntad de las partes, á la vez que la debe consignar en forma clara, desprovista de ambigüedades y fiel con los propósitos que la determinan; debiendo ser garantía, si realiza su importante misión social, de que se eviten posteriores dificultades de ejecución de los actos civiles, innecesarios dispendios y ruinosos litigios sobre la interpretación de los mismos; y por las circunstancias de su intervención debe alejar ó reducir los temores de estos riesgos, á la vez que, por lo cómodo de la misma estimula á los particulares á que realicen actos jurídicos bajo la salvaguardia de su ministerio, esencialmente *civil*.

Es causa, sobre todo, de su *certeza y verdad*, tanto en el orden moral, por las garantías que de ello prestan las condiciones exigidas al Notario, como en el orden legal, por la *autenticidad* que á su intervención se atribuye en virtud de su fe pública.

Imprime, también, el carácter de *permanencia* á los actos jurídicos por razón de la certeza misma y porque su misión no se satisface con sólo dotarles con el sello de su función pública, sino que, á la vez, es parte importante de ella su expresión en forma *escrita*, y el sagrado depósito del testimonio de su existencia que le está confiado.

Les atribuye, por último, *eficacia* jurídica, como resultado de su *legitimidad*, de su *certeza* y de su *permanencia*; esto es, de hallarse celebrados con arreglo á la ley, de ser auténticos y de fácil demostración su existencia en todo tiempo.

3. No se observe, contra la necesidad de esta institución, que hechos importantes de la vida civil se sustraen á su influencia y obtienen autenticidad y eficacia á virtud de otros medios; pues, sobre ser éstos más complicados que la intervención notarial, no pueden aplicarse á la generalidad de los casos de la vida civil, en los cuales tan provechoso es el concurso del Notario, y si sólo á otros especiales que, *especialmente* también, y en forma excepcional, deben garantizarse por su particular índole y mayor trascendencia; tales son cuantos se refieren al estado civil de las personas, como el nacimiento, el matrimonio, la muerte, la nacionalidad, la prodigalidad, la locura y otros, que se atestiguan por el Registro civil, la sentencia firme, etc.

4. Los Notarios fueron conocidos en Roma bajo el nombre de *Tabelliones*. La historia de la Iglesia nos dice también que Clemente I instituyó siete Notarios, uno en cada una de las siete regiones de Roma, con el solo fin de que autorizasen las actas de los mártires, las cuales sirvieron después para canonizar los primeros santos de la Iglesia.

Nuestro Derecho antiguo ofrece bastantes datos, que dan á conocer la importancia de la institución notarial. El Fuero Juzgo (1) prohíbe que *ningun omne daqui adelante si non fuere escrivano comunal del pueblo ó del rey, ó tal omne, á quien mande el rey, que non ose allegar falsas constituciones, nin falsos escriptos del rey, nin escribir, nin dar á ningun escrivano que escriba falsamente*. Esta misma ley les llama también *Notarios*.

El Fuero Real les dedica un título entero (2), mandando en su primera ley que *en las Ciudades é Villas mayores que sean puestos Escrivanos públicos é que sean jurados*, estableciendo después lo que éstos habían de percibir por otorgar las cartas.

Durante el imperio del feudalismo los señores se abrogaron la facultad de nombrar las personas que habían de administrar justicia en su territorio, así como los Escribanos que debían dar fe en juicio y fuera de él.

El tít. 19 de la Part. III, que trata *De los escrivanos é cuantas maneras son dellos é que pro nasce de su oficio cuando lo ficieren lealmente*, desarrolla con amplitud esta institución, estableciendo en su ley 2.ª que han de ser *leales é buenos é entendidos*, é imponiendo en la 14.ª, al que *desonrrase ó hiriese á los escrivanos* doble pena que si lo hiciese á otro particular.

La institución de la fe pública tiene ya una casi completa organización en las leyes recopiladas. En cuanto á la *judicial*, además del Escri-

(1) L. 9.ª, tít. 5.º, lib. VII.

(2) Tít. 8.º, lib. I.

bano de Cámara y del Gobierno del Consejo (1), que desempeñaba las funciones que hoy el Secretario de Gobierno del Tribunal Supremo, se establecían los Escribanos del Juzgado de provincia de la Corte (2), suprimidos por Reales decretos de 9 de Febrero y 19 de Noviembre de 1834; los Escribanos de Cámara de las Chancillerías y Audiencias (3); los de crimen de las Chancillerías y Audiencias (4), que fueron refundidos en los de Cámara, después sustituidos por los Secretarios de Sala; los del Juzgado de los Alcaldes y Jueces de provincia (5), suprimidos á la vez que estos Tribunales, y los de los hijosdalgo de las Chancillerías (6), que cesaron á la publicación del Reglamento provisional. Respecto á la *extrajudicial*, los Escribanos públicos y de número de los pueblos, hoy Escribanos habilitados de actuaciones y Notarios de los Reinos (7), aun cuando éstos á la vez ejercían también la fe judicial.

Como se ve, la fe judicial y la extrajudicial han estado confundidas hasta que la ley de 28 de Mayo de 1862 vino á separar dos funciones que son entre sí muy distintas, las del cargo de *Escribano* y las del de *Notario*.

Esta ley fué completada por el Reglamento general de 30 de Diciembre del mismo año, derogado por el de 9 de Noviembre de 1874, el cual, con aquella Ley y Decreto de demarcación notarial de 1889, constituyen las *fuentes legales* vigentes en esta materia. También se refiere al ejercicio de la fe pública notarial, relativamente á la redacción de los instrumentos públicos sujetos á Registro, la Instrucción de igual fecha de 9 de Noviembre de 1874 y el Real decreto sobre Aranceles notariales de 8 de Septiembre de 1885.

5. DEL NOTARIO.—Bajo este epígrafe general nos proponemos ofrecer sumariamente, y en párrafos separados, las reglas del Derecho vigente sobre lo que sea el Notario, sus cualidades, atribuciones, derechos y premios, prohibiciones, incompatibilidades, responsabilidades; puntos que constituyen, en cuanto al aspecto *personal* de la institución se refiere, lo que interesa conocer, dado el asunto de este libro (8).

6. CONCEPTO LEGAL DEL NOTARIO.—Es Notario el funcionario público autorizado para dar fe, conforme á las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales (9). Es el encargado de autorizar, á requerimiento

(1) Tit. 18, lib. IV, Nov. Rec.

(2) Tit. 29, idem, id.

(3) Tit. 24, lib. V, idem.

(4) Tit. 25, idem, id.

(5) Tit. 26, idem, id.

(6) Tit. 27, idem, id.

(7) Tit. 15, lib. VII, idem.

(8) Prescindimos, por no ser propios de su índole, ocuparnos de la organización notarial de Colegios y distritos, ingreso en esta carrera, traslaciones, concursos, permutas, sustituciones, licencias, jubilaciones, etc., particulares claramente resueltos en la ley y Reglamento de 28 de Mayo de 1862 y 9 de Noviembre de 1874, y otras disposiciones posteriores, respectivamente.

(9) Art. 1.º, L. Not.

de los interesados, todos los actos de la vida civil que especialmente no estén cometidos á otros funcionarios.

7. CUALIDADES DE LOS NOTARIOS.—Para obtener el cargo de Notario se requiere: ser español y del estado seglar, haber cumplido veinticinco años, ser de buenas costumbres, haber cursado los estudios y cumplido con los demás requisitos que prevengan las leyes y reglamentos, ó ser Abogado, y no tener impedimento físico habitual para desempeñar el cargo (1). El ingreso en las Notarías es por oposición (2).

8. ATRIBUCIONES, DERECHOS Y PREMIOS DE LOS NOTARIOS.—Las principales atribuciones, que fijan la competencia de los Notarios, son: redactar escrituras matrices y actas públicas, expedir copias y formar protocolos de los actos que autorizan (3). Sus derechos y premios son: percibir los honorarios que les asigna el Arancel de 8 de Septiembre de 1885, el cual adopta para algunos actos el sistema *proporcional*, que consiste en determinar los honorarios según la cuantía objeto de los documentos, y para otros el *fiijo*, que los establece independientemente del valor de la cosa objeto del acto, desechando el *discrecional*, que da libertad absoluta al funcionario que los devenga para fijarlos. También tiene derecho á una pensión el Notario que se inutilizare para el ejercicio de su cargo por librar los protocolos de inundación, incendio ú otra fuerza mayor, y si muriese, su viuda é hijos menores (4), y si hubiere hecho expensas para salvar su protocolo ó el de otro Notario de dichos peligros, podrá solicitar que las Juntas directivas de los Colegios, según los fondos de los mismos, le concedan una cantidad determinada por una sola vez y por vía de indemnización (5). Cuando un Notario se imposibilite para el ejercicio de su cargo, teniendo más de sesenta años y habiendo servido aquél por espacio de veinte, podrá solicitar que se le jubile y se declare vacante su Notaría, con la obligación, en quien la obtenga, de satisfacerle una pensión mientras viva, cuya cantidad se designará en cada caso, expresando este gravamen en el anuncio que se haga para la provisión de la vacante (6). Este derecho se concede también á los comprendidos en el art. 46 de la ley, aunque no tengan dicha edad y años de servicio, pero en este caso perderán el derecho á la pensión que dicho artículo les concede (7).

9. PROHIBICIONES É INCOMPATIBILIDADES DE LOS NOTARIOS.—Les está prohibido á los Notarios:

1.º Autorizar instrumentos fuera del distrito notarial que les señale su título, por falta de fe pública, que no tienen sino dentro de él (8), ni aun

(1) Arts. 10, L. Not., y 4.º, Reg.

(2) Arts. 12, L. Not., y 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14, Reg.

(3) Art. 17, L. Not.

(4) Art. 46, Reg. Not.

(5) Art. 46, L. Not.

(6) Art. 44, Reg. Not.

(7) Art. 45, idem id.

(8) Art. 26, idem id.

dentro de su distrito notarial en población donde resida otro Notario, sino en los casos de incompatibilidad del residente y en los de enfermedad ó imposibilidad física de alguno de los otorgantes que le impida trasladarse á la residencia de aquel Notario; pero en todo caso éste ha de ser previa y especialmente requerido, haciéndose constar así en el instrumento (1).

2.º Autorizar ningún instrumento público *inter vivos*, sin la presencia al menos de dos testigos (2).

3.º Constituirse fiadores en los contratos que autoricen (3).

4.º Tomar parte en el distrito notarial en operaciones de agio, tráfico ó granjería que no fueren producto de sus propios bienes (4).

5.º Encargarse de la administración de Banco ó establecimiento de descuento ó corretaje de compañía mercantil ó industrial, ó empresa de arriendo ó de rentas públicas (5).

6.º Interesarse en contratos ó negocios en que intervengan por razón de su cargo (6).

7.º Dar fe de incidencias ocurridas en actos públicos presididos por autoridad competente, sin ponerlo antes en conocimiento de la misma, que no podrá oponerse á que el Notario, después de cumplido este requisito, ejerza las funciones de su ministerio (7).

8.º Residir habitualmente en otro punto que el señalado por su título, con arreglo á la demarcación notarial (8).

9.º Ausentarse del distrito notarial durante las elecciones (9).

10. Ausentarse teniendo reclamado su ministerio (10).

11. Ausentarse sin previa licencia, aun no teniéndole reclamado, por más de cinco, diez ó quince días, según que el Notario sea solo en aquel lugar, haya dos ó más, respectivamente, y sin dar, en todo caso, conocimiento al Decano del Colegio, Delegado ó Subdelegado, (11).

12. Autorizar contratos que contengan disposiciones en favor del Notario autorizante, los cuales serán nulos, así como todo instrumento que contenga igual circunstancia; pero cuando una escritura comprenda sólo obligaciones para el Notario, puede éste ser otorgante y autorizarla con la antefirma *por mí* y *ante mí*. En la propia forma se les permite autorizar las obligaciones de sus parientes (12).

13. Autorizar *contratos* en que alguno de los *otorgantes* sea pariente

(1) Art. 27, Reg. Not.

(2) Art. 20, L. Not.

(3) Art. 28, Reg. Not.

(4) Ídem id.

(5) Ídem id.

(6) Art. 28, Reg. Not.

(7) Art. 30, ídem id.

(8) Art. 2.º, ídem id.

(9) Art. 38, ídem id.

(10) Ídem id.

(11) Ídem id.

(12) Primera parte, art. 22, y núm. 1.º, art. 27, L. Not., y art. 75 del Reglamento.

del Notario dentro del *cuarto grado civil* ó *segundo de afinidad* (1). No es lo mismo este caso de intervenir el pariente del Notario como otorgante del contrato, que cuando, sin concurrir con este carácter, se consignan en el instrumento disposiciones ó reservas á favor de los parientes en el referido grado legal del Notario, pues entonces la ley solamente declara *sin efecto* estas disposiciones, pero válido en todo lo demás el *instrumento* en que se consignan (2).

Mas el art. 28 de la ley, que hace esta declaración, ¿es extensivo á los *instrumentos* otorgados por causa de muerte? Ó lo que es lo mismo, ¿carecían de efecto ó eran nulas las disposiciones ordenadas, por título de legado ó herencia, á favor de parientes del Notario dentro del grado legal? Así lo haría creer la generalidad de la palabra *instrumento*, empleada por dicho artículo, que lo mismo puede contener un acto *inter vivos* que *mortis causa*, si no ofreciera el 29 una excepción de esta doctrina, excluyendo de las disposiciones de los anteriores los actos por causa de muerte en estos términos: «Lo dispuesto en los artículos que preceden, relativamente á la forma de los instrumentos y al número y cualidades de los testigos y á la *capacidad de adquirir lo dejado ó mandado por el testador*, no es aplicable á los testamentos y demás disposiciones *mortis causa*, en las cuales regirá la ley ó leyes especiales del caso.» Ninguna censura tendríamos que dirigir á este artículo, ni ofrecería su texto motivo de problema, si se hubiere limitado á consignar la excepción relativa á la *forma de los instrumentos y al número y cualidades de los testigos de los testamentos y demás disposiciones mortis causa*, á fin de dejar á salvo la doctrina del Derecho común, que señala solemnidades especiales á esta clase de actos; pero no sucede lo mismo con el otro extremo de la excepción, que dice: «y á la *capacidad de adquirir lo dejado ó mandado por el testador*». En efecto: ¿qué significación debe atribuirse á esta frase? ¿Será alusiva á lo relativo á las reglas de Derecho que fijan la testamentifacción pasiva, ó sea la capacidad para suceder por título de herencia ó legado? Claro es que no, porque tal asunto corresponde reglamentarlo al Derecho común *sustantivo*, y no á una ley que puede decirse *adjetiva*, como lo es la orgánica del Notariado; y siendo esto así, resulta ociosa la declaración ó salvedad respecto de una doctrina que ni debió ser aludida con semejante ocasión.

¿Se habrá querido decir en este pasaje del art. 29 que la declaración

(1) La redacción de este pasaje es incorrecta, y quiere decir *cuarto grado de consanguinidad* ó *segundo de afinidad*, ambos apreciados por *computación civil*—segunda parte del art. 22, L. Not.— Estimamos comprendido también en esta prohibición de la ley el caso de que el pariente del Notario concorra al otorgamiento que aquél autoriza como *apoderado*, toda vez que tiene el carácter de *otorgante*, que es la palabra de la ley—art. 22,— la cual no distingue si interviene con derecho propio ó en la representación de otra persona; pero la incompatibilidad se limita al caso en que el documento contenga disposiciones á favor del otorgante pariente, según el art. 28 de la ley, que es su complemento. Así lo ha resuelto la Dir. gen. del ramo en 27 de Enero de 1877.

(2) Art. 28, L. Not.

del 28, privando de todo efecto á las disposiciones en favor de parientes en grado legal del Notario autorizante del instrumento en que se hicieron, no alcanza á los casos en que ellas procedan de actos *mortis causa*, los cuales habrían de ser resueltos conforme á las leyes especiales de la materia? Esto parece más cierto, porque ninguno de los artículos anteriores, de cuyas reglas es excepción el 29, á no ser el núm. 1.º del 27 y el 28, pueden referirse á una especie de incapacidad relativa para adquirir lo mandado ó dejado por el testador, sino por el supuesto de dichos artículos de ser el agraciado el mismo Notario autorizante ó un pariente suyo en grado legal, cuya incapacidad relativa la funda, sin duda, la ley en la incompatibilidad entre la condición de favorecido y la fe ó testimonio que de la existencia auténtica del acto presta el Notario mismo.

Resulta de esta exégesis: 1.º, que el número primero del artículo 27 y el art. 28 de la ley del Notariado se limitan á los actos *inter vivos*, para declarar *sin efecto* las disposiciones que éstos contengan á favor del Notario que los autorice ó de sus parientes en grado legal; 2.º, que no son aplicables, en iguales supuestos, á los actos *mortis causa*, los cuales, respecto de esta materia, siguen rigiéndose por las leyes especiales del caso. Mas esta declaración del art. 29 no está justificada ni es plausible, toda vez que no existiendo ningún precepto en las leyes especiales por el cual expresamente se determine que las disposiciones consignadas en los actos *mortis causa* á favor del Notario ó de sus parientes no produzcan efecto alguno, quedó este particular, antes del Código civil, que la ley del Notariado debió resolver, convertido en un problema de solución más ó menos laboriosa, y siempre basada en razones de analogía, en lugar de prescripciones legales directas.

En la necesidad de resolver esta cuestión, ya que al jurisconsulto como al Juez no les es dado alegar la insuficiencia de la ley, para excusarse de opinar y resolver sobre los casos no previstos por ella, diremos que, según sea la naturaleza del acto *mortis causa* que contenga la disposición favorable al Notario ó á sus parientes dentro de grado legal, así será la solución que debería adoptarse, distinguiéndose al efecto tres hipótesis: 1.ª, legado ó fideicomiso singular; 2.ª, institución de heredero en testamento cerrado; y 3.ª, institución de heredero en testamento abierto.

Es precedente común á los tres casos por la falta de disposiciones que legalmente se refieran al Escribano—hoy Notario—la necesidad de determinar cuál es su naturaleza, carácter ó condición legal, sobre cuyo extremo se ofrecen dos reglas, á cual más eficaces, que demuestran ser la de *testigo*: 1.ª, la de la ley 3.ª, tít. 19, Part. III, que expresamente declara sean considerados como *testigos públicos* á quienes se confía un gran poder, por estar «en ellos puesta la guarda é lealtad de las cartas que se facen en la Corte del rey o en las cibdades o en las villas»; 2.ª, porque, en realidad, la misión del antiguo Escribano y del moderno Notario no es otra que la de *testificar* ó prestar testi-

monio de los actos jurídicos que ante él se celebren, sin más diferencia, respecto de cualquier testigo, que la de hallarse revestido su dicho de autoridad pública y constituir prueba bastante, por punto general, siempre que vaya rodeado de las solemnidades anexas al ejercicio de su ministerio.

Con este criterio, perfectamente legal y racional, es fácil resolver las tres hipótesis en que hemos descompuesto el problema, porque de él se deduce que todas las disposiciones relativas á los testigos de los actos *mortis causa*, cuya índole lo permita, son especialmente aplicables á los antiguos Escribanos ó modernos Notarios.

1.ª Si la disposición favorable al Notario ó á su pariente en grado legal es un *legado* ó *fideicomiso singular*, entonces debe reputarse válida, porque la prescripción prohibitiva de la ley (1), nacida del parentesco de los testigos, no alcanza sino á la institución de heredero, y está recibido como bueno el testimonio de los mismos legatarios y fideicomisarios, como testigos del testamento en que se les deja el legado ó fideicomiso.

2.ª Si fuera una *institución de heredero* en testamento *cerrado*, como el Notario, lo mismo que los testigos, no intervienen sino en el otorgamiento y les es desconocido el nombre del heredero, cesa el temor de parcialidad, producto del parentesco y fundamento de esta prohibición (2); por cuyo motivo creemos que el Notario puede autorizar testamentos de esta clase que contengan disposiciones en su favor ó en el de sus parientes dentro de grado legal.

3.ª Si se tratara, también, de una *institución de heredero*, pero en testamento *abierto* ó *nuncupativo*, la resolución es la opuesta, y entendemos que, sin ser nulo todo el testamento, cuya eficacia no dependía, según la ley (3), de la validez de la institución, si sería ésta nula, por estar otorgada en favor del Notario ó pariente suyo dentro de grado legal y serle aplicable, según lo dicho, la prohibición de la ley (4).

Esta doctrina se confirma:

1.º Por la *jurisprudencia* del Tribunal Supremo, que tiene reconocida esta prohibición en varias sentencias, fundándose en que «el objeto de la intervención de los testigos en los testamentos no se llena del mismo modo en los abiertos que en los cerrados, puesto que en los de los primeros—abiertos—tienen que enterarse y dar testimonio de cuanto en ellos se dispone; mientras que en los segundos—cerrados—no son llamados más que para oír la fórmula del otorgamiento, hecho aislado é independiente del contenido del testamento» (5).

No puede observarse contra esta doctrina la de la sentencia de 28 de

(1) 11.ª, tít. 1.º, Part. VI.

(2) Así lo tiene reconocido la sent. de 21 de Junio de 1860.

(3) 1.ª, tít. 18, lib. X, Nov. Rec.

(4) 11.ª, tít. 1.º, Part. VI.

(5) Sent. 21 de Junio de 1860. También establecen esta prohibición las de 28 de Enero de 1861, 26 de Septiembre de 1862, 20 de Abril de 1865 y 10 de Julio de 1873.