

ción de heredero, mandas ó legados haga el testador, refiriéndose á cédulas ó papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio ó fuera de él, será nula si en las *cédulas y papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo*.

Obsérvese que la *transición* consiste más en el *hecho* que en el *derecho*, negando el valor legal que tenían en la legislación anterior al Código á las cédulas ó papeles privados, cuando revestían el carácter de memorias testamentarias, y otorgándoles, en cambio, la equivalencia de efectos legales del testamento *ológrafo*, siempre que reúnan los requisitos prevenidos para éste.

### § 2.º

#### Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.

27. Enumeración de las aplicables á las materias de este capítulo.— Son dichas *fuentes*:

1.<sup>a</sup> Los artículos del Código civil, antes insertos y explicados.

2.<sup>a</sup> Como precedentes legales y concordancias, el art. 15, tít. 6.º, tratado VI de las Ordenanzas de la Armada de 1748, el 612 del Código de Comercio y el 11, núm. 3.º, párrafos 3.º, 4.º y 5.º de la ley de 10 de Noviembre de 1894, sobre organización y atribuciones de los Tribunales de Marina.

3.<sup>a</sup> Los artículos citados (1) de la ley de Enjuiciamiento civil ó en general los aplicables de los títulos 6.º y 7.º, lib. III de la misma, como complementarios, y en cuanto sean compatibles con los arts. 689 á 693 del Código civil.

(1) Núm. 23 de este capítulo.

## CAPÍTULO VIII

SUMARIO.—De la constitución de la sucesión testada ordinaria. De las especies y solemnidades de los testamentos.—A. Comunes. (Continuación.)  
B. Testamento ABIERTO.

Art. I.—DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca del testamento común* ABIERTO.—1. Precedentes legales en la materia.

§ 2.º *Jurisprudencia anterior al Código civil*.—2. Testamento abierto.—3. Intervención y fe notarial.—4. Testigos.

Art. II.—CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Texto*.—5. Concepto legal del testamento abierto.—6. Sus elementos formales.—7. Nulidad del testamento abierto.

§ 2.º *Jurisprudencia según el Código civil*.—8. Expresión de la voluntad del testador; qué ha entendido la jurisprudencia por *unidad del acto* de otorgar un testamento abierto.—9. Sus elementos formales.—10. Su eficacia ó nulidad.

§ 3.º *Explicación*.—11. Carácter de acto *público* relativo del testamento abierto.—12. Sus elementos formales, como solemnidad determinante de su validez.—13. Distinción entre los testamentos abiertos *común* y *especiales*.—14. Solemnidades del testamento común *abierto*: 1.<sup>a</sup> Intervención del ministerio notarial; sus reglas. 2.<sup>a</sup> Concurrencia de testigos; su número y doble carácter de *instrumentales* á la vez que de *conocimiento*; su idoneidad y circunstancias que la constituyen, y examen de las causas que les privan de ella ó producen su incapacidad para serlo.—15. Otros dos casos de incapacidad relativa para ser testigo en el testamento común abierto, derivados de precedentes legales anteriores.—16. Actualidad de la causa de la incapacidad de los testigos, *simultánea* al acto del otorgamiento del testamento y criterio legal cuando se trata de la declaración posterior del testigo para su elevación á escritura pública y protocolación.—17. Necesario carácter civil predeterminado por la ley de las causas de incapacidad para ser *testigo* en los testamentos, cualquiera que sea su origen.—18. Incapacidad absoluta y relativa.—19. Regla general; resumen de la capacidad de los testigos en los testamentos.—20. Obligación especial del notario y de dos de los testigos relativa al conocimiento é identificación del testador y criterio diferencial del Código, comparado con el general de la ley del Notariado, respecto de este extremo.—21. *Idem* respecto de la capacidad del testador.—22. Distinción entre los arts. 685 y 686, que son de aplicación á todos los testamentos comunes abiertos ó cerrados, en cuanto á la intervención notarial y testifical, y el art. 694, con sus concordantes 695, 696, 699, 705 y 687, relativos sólo á los abiertos.—23. Resumen de solemnidades.—A. *Comunes al abierto y al cerrado*.—B. *Especiales del abierto*; su enumeración.—24. Su explicación.—25. Nulidad del testamento abierto (texto legal del Código, declaraciones de la jurisprudencia y memorias anuales del Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo).—26. Resumen de doctrina.—27. Responsabilidad notarial y sus clases; primitiva redacción del Código y reforma de la misma en la segunda edición.

Art. III.—RÉGIMEN VIGENTE.

§ 1.º *Criterio de transición.*—28. Reglas de Derecho.

§ 2.º *Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.*—29. 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 del testamento común ABIERTO.

1. Á partir de las referencias hechas en otro lugar (1), procede consignar aquí, que para el testamento común *abierto*, según las leyes de Partida (2), que reproducen las romanas del tiempo del Imperio, era preciso, además de la institución de heredero, como solemnidad interna, la asistencia simultánea de siete testigos, solemnemente rogados, la *unidad de contexto*, ó sea que *en un solo acto* declarase ante ellos su última voluntad el testador, al cual debían conocer, ver y oír, percibiendo con toda claridad los términos de su disposición testamentaria.

Después de la radical transformación llevada á cabo por la ley única, tít. 19, del Ordenamiento de Alcalá (3), desapareció la institución de heredero como *solemnidad interna* y se establecieron, como formas generales para testar, las cuatro siguientes:

1.ª Ante tres testigos vecinos del lugar en que el testamento se otorgase y escribano público (hoy notario).

2.ª Ante cinco testigos, vecinos también del mismo, sin escribano ó notario.

3.ª Ante tres testigos vecinos, cuando no pudieran encontrarse más ni existiera escribano ó notario en la localidad.

4.ª Ante siete testigos no vecinos, sin notario, aunque existieran más vecinos y hubiese escribano ó notario en el lugar del otorgamiento.

Nada añadió ya la ley de *rogación de testigos* y de *unidad de contexto*, si bien más tarde el art. 1.387 de la ley de Enjuiciamiento civil, de 1855, al expresar, tratándose del modo de elevar á escritura pública los testamentos hechos de palabra, que habían de declarar haber oído de boca del testador, *en un solo acto* sus disposiciones, pareció restablecer dicha solemnidad; pero no debe entenderse así, porque, en primer lugar,

(1) Núms. 6. A. a. 1.º y núm. 21, cap. 6.º de este tomo.

(2) LL. 1.ª, tít. 1.º, proemio del tít. 3.º y 1.ª del tít. 8.º, Part. VI.

(3) L. 1.ª, tít. 18, lib. X, Nov. Rec.

se refiere sólo al testamento hecho de viva voz, y en segundo, su verdadero sentido no fué otro que el expresado por el núm. 2.º del art. 1.953 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente, de 1881, al decir: «que los testigos y el notario, en su caso, han oído *simultáneamente* de boca del testador todas las disposiciones que quería se tuviesen como su última voluntad, bien lo manifestase de palabra, bien leyendo ó dando á leer alguna nota ó memoria en que se contuviese.»

La ley 3.ª de las de Toro (1) declaró que las solemnidades de la ley del Ordenamiento de Alcalá, en cuanto al número de testigos necesarios, se entendiere y practicara en el testamento *abierto*, que en latín es dicho *nuncupativo*.

#### § 2.º

#### Jurisprudencia anterior al Código civil.

2. TESTAMENTO ABIERTO.—Cuando se deposita un testamento, siempre queda á disposición del testador, sin que por ningún concepto pueda retenerse y dejar de serle entregado (2).

La ley no exige la necesidad de que se intente, principie y concluya el ordenamiento de un testamento nuncupativo bajo las prescripciones de una sola de las maneras de otorgarlo que establece, no prohibiendo que se sustituya por otra (3).

La virtud y eficacia del testamento nuncupativo consisten esencialmente en la abierta ó paladina manifestación de la voluntad del testador, ya la denuncie oralmente, ya por la lectura de un papel, cédula, apunte ó Memoria, para que todos los asistentes al acto la entiendan y recuerden en los casos prescritos por Derecho (4).

Las leyes 1.ª y 2.ª, tít. 18, lib. X de la Novísima Recopilación, al mandar la una, entre otras cosas, que el testamento valga, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, y la otra que en los codicilos intervenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo ó abierto, vinieron á modificar esencialmente lo que disponen las leyes de Partida en este punto, haciendo cesar, por consecuencia, las restricciones que las mismas tenían establecidas respecto á los codicilos, por no subsistir ya la razón de diferencia que los distinguía de los testamentos y por la índole y espíritu propio de la reforma (5).

La ley 1.ª, tít. 18, lib. X de la Novísima Recopilación que rige la materia

(1) L. 2.ª, tít. 18, lib. X, Nov. Rec.

(2) Sent. 1.º Febrero 1861.

(3) Sent. 6 Diciembre 1861.

(4) Idem id.

(5) Sent. 21 Junio 1867.

de testamentos nuncupativos, da eficacia legal y jurídica al que se otorga ante siete testigos cuando hay capacidad en el testador é idoneidad en los testigos que lo han oído y visto otorgar, y prescinde de las demás formalidades que exigían las leyes de Partida, y, por tanto, si el testamento de que se trata reúne aquellos requisitos, la Sala sentenciadora, declarándole válido, lejos de infringir dicha ley recopilada, la aplica con acierto (1).

El testamento nuncupativo otorgado ante notario, es un instrumento público en el que, aparte de la *solemnidad de testigos* que requiere la ley 1.<sup>a</sup>, tít. 18, lib. X de la Novísima Recopilación y de las demás circunstancias que le son peculiares, debe observarse la *formalidad* ordenada en la ley 2.<sup>a</sup>, tít. 23 del propio libro y Código (2).

La virtud, eficacia y validez de los testamentos nuncupativos, consisten esencialmente en la clara, explícita é indudable manifestación de la voluntad del testador ante competente número de testigos y del escribano, cuando asiste, dando fe de conocer al testador (3).

3. INTERVENCIÓN Y FE NOTARIAL.—Es indiferente que el testador lea por sí mismo el documento en que consigne su voluntad ó que le mande leer á otra persona, con tal que después de leído, le oigan el escribano, si asistiese, y siempre el competente número de testigos, que aquel es su testamento ó última voluntad (4).

Otorgado un testamento ante notario que da fe de conocer al testador y con la asistencia de tres testigos útiles que lo suscriben y que oyeron leerlo en presencia de aquél, el cual, según en el mismo testamento se expresa, se afirmó y ratificó en su contenido, concurren, en dicha última voluntad, las solemnidades exigidas por la ley, sin que la equivocación en un apellido del testador afecte á la validez del acto; y estimándose así, no se infringe la ley 1.<sup>a</sup>, tít. 18, lib. X de la Novísima Recopilación (5).

Preceptuándose en el art. 29 de la ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862, que no es aplicable á las disposiciones *mortis causa* lo dispuesto en los artículos precedentes respecto de la forma de los instrumentos, número y cualidades de los testigos y capacidad de adquirir lo mandado ó dejado por el testador, y que dichas disposiciones se regirán por la ley ó leyes especiales del caso, se deduce, sin género de duda, de dicho precepto, que las leyes especiales á que se refiere no pueden ser otras que las de la Novísima Recopilación, vigentes en la materia hasta la promulgación del nuevo Código civil (6).

4. TESTIGOS.—Para reputar á alguno incapacitado de ser testigo en un testamento por haber cometido delito de violación, y como nulo el acto por no haber concurrido tres testigos hábiles, es necesario que la tacha conste por sentencia ejecutoria (7).

(1) Sent. 12 Octubre 1881.

(2) Sents. 28 Junio 1865, 31 Mayo 1837 y 20 Febrero 1893.

(3) Sents. 31 Diciembre 1878 y 10 Octubre 1893.

(4) Sent. 6 Diciembre 1861.

(5) Sent. 22 Octubre 1889.

(6) Sent. 10 Octubre 1893.

(7) Sent. 11 Febrero 1860.

Un testigo incapaz de serlo en el otorgamiento de un testamento, no puede entenderse legalmente sustituido por una persona extraña que firma por el testador, la cual no se menciona como testigo, y además se presenta después de otorgado el testamento (1).

Cuando hay exceso de testigos en un testamento, queda éste válido si concurren á él los señalados por la ley, aunque se eliminen por alguna tacha los que sobrasen del número legal (2).

La vecindad que exige la Real orden de 20 de Agosto de 1849, es para el caso que ésta marca, y no para que se considere de esta clase la vecindad exigida por las leyes como requisito de los testigos para los testamentos (3).

Los que viven de su oficio no tienen tacha legal para ser admitidos como testigos en un testamento, sin que la sentencia que declara válida dicha admisión infrinja la ley 1.<sup>a</sup>, tít. 18, lib. X de la Novísima Recopilación (4).

La capacidad mental de los testigos que asisten al otorgamiento de un testamento hecho ante escribano con las demás solemnidades legales, se presume de derecho mientras no se pruebe lo contrario.

El que impugna la validez de un testamento así otorgado, por incapacidad mental de alguno de los testigos, le incumbe probarla con relación á la época de su otorgamiento (5).

No porque concorra un escribano como testigo al otorgamiento de un testamento deja de ser necesario el número de testigos que exige la ley para que aquél sea válido (6).

Se infringe la doctrina que establece que el único criterio legal para fijar el concepto de *vecinos* que han de tener los testigos del testamento nuncupativo, es el hecho de pertenecer al mismo Municipio, si esta cualidad no concurre en los que se dicen testigos instrumentales del llamado testamento que se combate (7).

Á tenor de la ley 11, tít. 1.<sup>o</sup> de la Partida VI, no pueden ser testigos del testamento los parientes del heredero dentro del cuarto grado, porque, por disposición expresa de dicha ley, no pueden serlo en la contienda que hubiere sobre el testamento, y que, cuando descontados los testigos que tengan tal efecto, no quedan los exigidos por la ley 1.<sup>a</sup>, tít. 18, lib. X de la Novísima Recopilación, es totalmente nulo el acto por falta de solemnidad externa, y, por consiguiente, sin excepción para las cláusulas referentes á personas que no tengan parentesco con los testigos tachados.

Declarándolo así, de conformidad con repetidas sentencias del Tribunal Supremo y con la disposición general del art. 27 de la ley del notariado, no se infringen las leyes citadas, ni la 6.<sup>a</sup>, tít. 13, Partida VI (8). |

(1) Sent. 28 Enero 1861.

(2) Sent. 6 Febrero 1866.

(3) Ídem íd.

(4) Ídem íd.

(5) Sent. 7 Diciembre 1869.

(6) Sent. 9 Febrero 1871.

(7) Sent. 17 Febrero 1882.

(8) Sents. 21 Junio 1860, 28 Enero 1861, 26 Septiembre 1862, 20 Abril 1865, 10 Julio 1873 y 26 Diciembre 1891.

La ley 1.<sup>a</sup>, tít. 18, lib. X de la Novísima Recopilación exige como solemnidad del testamento nuncupativo, la presencia de escribano público y de tres testigos vecinos del lugar donde se hiciere, ó de cinco de la propia vecindad si no interviniere escribano, ó de siete, aunque no sean vecinos ni asista aquel funcionario; habiéndose establecido con repetición la doctrina de que á la vecindad equivale la residencia habitual en el punto en que el testamento se otorgue; pero sin que puedan ser testigos de éste los que accidentalmente se encuentran en el pueblo, los cuales merecen la calificación de transeúntes (1).

Si bien con arreglo á la ley 11, tít. 1.<sup>o</sup>, Partida VI, no puede el heredero ser testigo del testamento en que fuere instituido, ni tampoco sus parientes hasta el cuarto grado, esta incapacidad relativa no alcanza, según la misma ley, á los parientes del legatario, quienes, por tanto, pueden ser testigos del testamento en que el legado se hubiere establecido.

Entendiéndolo así la Sala sentenciadora, no infringe aquel precepto, ni tampoco las leyes 3.<sup>a</sup>, tít. 19, Partida VI; 8.<sup>a</sup>, tít. 33 y 36, tít. 34 de la Partida VII, y 5.<sup>a</sup>, tít. 6.<sup>o</sup>, lib. X de la Novísima Recopilación (2).

La ley 11, tít. 1.<sup>o</sup>, Partida V, que regulaba en el antiguo Derecho las incapacidades absolutas y relativas para ser testigos en los testamentos, no inhabilita para serlo á los parientes afines del heredero, porque se limita á prohibir que lo sean el mismo heredero, su padre, sus descendientes, sus hermanos ó los otros parientes hasta el cuarto grado sobre la contienda que «oviere el heredero con los parientes del finado ó con los otros homes en razón del testamento»; por donde, aunque por deducción se entienda que estas personas eran incapaces en todo caso, la prohibición se circunscribe á los parientes consanguíneos, ya porque así se infiere del tenor literal de la ley, ya porque al parentesco de afinidad no puede darse la misma extensión que al de consanguinidad, como se la da el Código vigente, que inspirándose en el Derecho antiguo y corrigiéndolo en parte, concreta al segundo grado en su art. 682 la incapacidad de los parientes afines del heredero ó legatario.

Estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe la ley citada, ni la 9.<sup>a</sup> del mismo título y Partida (3).

## ART. II

### CÓDIGO CIVIL

#### § 1.<sup>o</sup>

#### Texto.

#### TESTAMENTOS COMUNES. (Continuación.)

#### B. Del abierto ó nuncupativo.

#### 5. CONCEPTO LEGAL.

Art. 679. Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su

(1) Sents. 31 Diciembre 1890, 20 Febrero 1893, 22 Abril 1908.

(2) Sents. 19 Enero 1893 y 17 Febrero 1908.

(3) Sent. 17 Febrero 1900.

última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.

#### 6. ELEMENTOS FORMALES.

Art. 694. El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, y de los cuales uno, á lo menos, sepa y pueda escribir.

Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma sección.

Art. 681. No podrán ser testigos en los testamentos:

- 1.<sup>o</sup> Las mujeres, salvo lo dispuesto en el art. 701.
- 2.<sup>o</sup> Los varones menores de edad, con la misma excepción.
- 3.<sup>o</sup> Los que no tengan la calidad de vecinos ó domiciliados en el lugar del otorgamiento, salvo en los casos exceptuados por la ley.
- 4.<sup>o</sup> Los ciegos y los totalmente sordos ó mudos.
- 5.<sup>o</sup> Los que no entiendan el idioma del testador.
- 6.<sup>o</sup> Los que no estén en su sano juicio.
- 7.<sup>o</sup> Los que hayan sido condenados por el delito de falsificación de documentos públicos ó privados, ó por el de falso testimonio, y los que estén sufriendo pena de interdicción civil.

8.<sup>o</sup> Los dependientes, amanuenses, criados ó parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad del Notario autorizante.

Art. 682. En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, ni los parientes de los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad.

No están comprendidos en esta prohibición los legatarios y sus parientes, cuando el legado sea de algún objeto mueble ó cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario.

Art. 683. Para que un testigo sea declarado inhábil, es necesario que la causa de su incapacidad exista al tiempo de otorgarse el testamento.

Art. 685. El Notario y dos de los testigos que autoricen el testamento deberán conocer al testador, y si no lo conocieren, se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario y de los testigos instrumentales. También procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, á su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar.

Igual obligación de conocer al testador tendrán los testigos que autoricen un testamento sin asistencia de Notario, en los casos de los arts. 700 y 701.

Art. 686. Si no pudiere identificarse la persona del testador en la forma prevenida en el artículo que precede, se declarará esta circunstancia por el Notario, ó por los testigos en su caso, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo.

Si fuere impugnado el testamento por tal motivo, corresponderá al que sostenga su validez la prueba de la identidad del testador.

Art. 695. El testador expresará su última voluntad al Notario y á los testigos. Redactado el testamento con arreglo á ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento, se leerá en alta voz, para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador y los testigos que puedan hacerlo.