

La ley 1.^a, 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.^o, 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.^a, tít. 19, Partida VI; 8.^a, tít. 33 y 36, tít. 34 de la Partida VII, y 5.^a, tít. 6.^o, lib. X de la Novísima Recopilación (2).

La ley 11, tít. 1.^o, 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.^a del mismo título y Partida (3).

ART. II

CÓDIGO CIVIL

§ 1.^o

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.^o Las mujeres, salvo lo dispuesto en el art. 701.
- 2.^o Los varones menores de edad, con la misma excepción.
- 3.^o Los que no tengan la calidad de vecinos ó domiciliados en el lugar del otorgamiento, salvo en los casos exceptuados por la ley.
- 4.^o Los ciegos y los totalmente sordos ó mudos.
- 5.^o Los que no entiendan el idioma del testador.
- 6.^o Los que no estén en su sano juicio.
- 7.^o 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.^o 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.

Si el testador declara que no sabe ó no puede firmar, lo hará por él, y a su ruego, uno de los testigos instrumentales ú otra persona, dando fe de ello el Notario. Lo mismo se hará cuando alguno de los testigos no pueda firmar.

El Notario hará siempre constar que, á su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

Art. 696. Cuando el testador que se proponga hacer testamento abierto presente por escrito su disposición testamentaria, el Notario redactará el testamento con arreglo á ella y lo leerá en voz alta en presencia de los testigos, para que manifieste el testador si su contenido es la expresión de su última voluntad.

Art. 699. Todas las formalidades expresadas en esta sección se practicarán en un solo acto, sin que sea lícita ninguna interrupción, salva la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero.

El Notario dará fe, al final del testamento, de haberse cumplido todas las dichas formalidades y de conocer al testador ó á los testigos de conocimiento en su caso.

7. NULIDAD DEL TESTAMENTO ABIERTO.

Art. 687. Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo.

Art. 705. Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, ó de negligencia ó ignorancia inexcusables.

§ 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*).—Ni el art. 695, ni ningún otro del Código civil prohíbe que, como diligencia previa al otorgamiento, útil y necesaria muchas veces, por la extensión é importancia de las cláusulas testamentarias, que el testador participe su voluntad al notario para que se redacte por éste con estudio y detenimiento que garanticen el acto solemne del otorgamiento la exactitud y claridad de lo que ha de ser fiel expresión de la libre y espontánea voluntad del testador; observándose las formalidades del otorgamiento y existiendo la unidad de acto cuando el testador manifieste claramente su propósito al notario y á los testigos; sin que indique la ley por quién, ni dónde ha de redactarse el testamento, ni si ha de serlo antes ó en el acto del otorgamiento, y solamente que se expresará el lugar, año, mes, día y hora, leyéndose en alta voz para que el testador manifieste si la redacción está conforme con su voluntad, firmándose en el acto, si lo estuviera, por el testador y los testigos que puedan verificarlo, y haciéndose constar siempre por el notario que, á su juicio, se halla el testador con la capacidad legal indispensable para testar (1).

(1) Sent. 5 Junio 1894.

Según el art. 695 del Código civil é inteligencia del mismo, ya declarada por el Supremo Tribunal en sentencia 5 Junio de 1894, existe la unidad de acto y se observan las solemnidades del otorgamiento en esta clase de testamentos cuando el testador manifiesta claramente su propósito al notario y á los testigos, sin que indique la ley por quién, ni dónde ha de redactarse el testamento, ni si ha de serlo antes ó en el acto del otorgamiento, y solamente que se exprese el lugar, año, mes, día y hora en que se otorga; que se lea en alta voz, para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad, y si lo estuviera, lo firmen en el acto el testador y los testigos que puedan hacerlo (1).

Según los arts. 695 y 696 del Código civil, el testamento abierto puede otorgarse, ó declarando de palabra el testador su última voluntad al notario y á los testigos, ó presentando á dicho funcionario una minuta que la contenga, siendo en ambos casos requisito esencial para su validez que el notario, después de redactado, lo lea en alta voz á presencia de los testigos y del testador, para que éste manifieste si su contenido es la expresión de su última voluntad (2).

Conforme á lo prescrito en el art. 695 del Código civil, es condición esencial del testamento abierto que el redactado por el notario lo haya sido en virtud de instrucciones del testador y no de las que pueda recibir de distinta persona, debiendo constar al efecto en alguna forma tales instrucciones, con lo que se evita ó puede evitar la sorpresa que en determinado caso y de otra suerte podría realizarse poniendo delante del testador, como expresión de su voluntad, disposiciones no pensadas ni acordadas por el mismo, para que ratifique lo que no había tenido ocasión, ni acaso intento de manifestar; sin que en tal supuesto pueda estimarse como válido semejante testamento, aunque se haya leído y firmado en los términos prevenidos en el expresado artículo, por faltarle la garantía del antecedente referido (3).

Dado el terminante precepto del art. 695 del Código civil y razón evidente del mismo, no es la expresión previa de la voluntad del testador una circunstancia que deba presumirse y deducirse legalmente del hecho de que un testador asienta y se manifieste conforme con el contenido del testamento después de escrito, porque tal expresión previa tiene una virtualidad propia y el alcance de que de tal modo se manifieste la resolución de testar, dando así al acto posterior mayor garantía de libertad y espontaneidad.

No se opone á esta doctrina la consignada en las sentencias de 5 de Junio de 1894, 18 de Junio de 1896 y 14 de Julio de 1899, porque una cosa es que no se conceptúe rota la unidad de acto por el tiempo que necesite el notario para redactar reposadamente el testamento conforme á lo que haya oído al testador, y otra muy distinta la de que por no constar el cumplimiento de la circunstancia exigida en los arts. 695 y 696, pueda darse el caso de que se escriba un testamento sin la anuencia y expresión previa de la voluntad del testador, aunque éste luego asienta á ella en la forma prescrita para después que se haya redactado (4).

(1) Sent. 18 Junio 1896.

(2) Sent. 14 Julio 1899.

(3) Sent. 25 Noviembre 1902.

(4) Sent. 25 Noviembre 1902.

Si el testador no hizo expresión de conformidad con el contenido del testamento que se le leyó, limitándose á expresar que se dejase la firma para el día siguiente, en el cual no se hizo manifestación alguna ante los testigos, los cuales ni le vieron firmar, ni llegaron á estar todos reunidos, con tales circunstancias no puede admitirse que hubiera verdadero otorgamiento, ni mucho menos la unidad de acto que para la validez de las disposiciones testamentarias impone el art. 699 del Código civil (1).

Dado el sentido y espíritu del art. 695 del Código civil, el acto, en su unidad necesaria, no principia hasta que reunidos el testador, testigos y notario, se comienza por éste la lectura del testamento que lleve redactado, según instrucciones previas de aquél, equivaliendo la expresión de la conformidad del testador con él al cumplimiento del primer requisito de que trata dicho artículo (2).

El art. 695 del Código civil exige en los testamentos abiertos que al otorgarse comience el testador haciendo expresión de su voluntad ante el notario y testigos antes de pasar á redactar ésta seguidamente; y si bien es cierto que dicha circunstancia es esencial, no tanto porque la ley la prescribe, porque con ella se significa un deliberado propósito excluyente de las sorpresas que de otra suerte pudieran realizarse en determinados momentos con testadores que se encuentren en las postrimerías de su vida; como quiera que, según tiene declarado el Supremo Tribunal, nada de esto obsta para que aquéllos puedan previa y anteriormente dar á los notarios autorizantes las instrucciones debidas para facilitar así el acto del otorgamiento, cuando esto consta probado, es manifiesto que queda cumplido dicho requisito en su finalidad y espíritu, si reunidos luego el notario y los testigos, el testador expresa ó da claramente á entender su absoluta conformidad con el testamento así redactado, pues con ello desaparece el peligro antedicho y se afirma su resolución de testar, comprobándose con la lectura si realmente la redacción es ó no conforme con las instrucciones, y si han sido ó no fielmente traducidas; resultando por semejante modo explícita y terminantemente manifestada la última voluntad del testador en todas las condiciones por la ley exigidas (3).

No es indispensable que las instrucciones previas se den ante los testigos instrumentales del testamento, ni por esto puede sostenerse que deje de ser personalísimo el acto (4).

9. ELEMENTOS FORMALES DEL TESTAMENTO ABIERTO.—Según el art. 694 del Código civil, 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; que como únicas excepciones de esta regla general que modifica nuestro antiguo Derecho, se dispone en los arts. 700 y 701 de dicho Código, que puede otorgarse testamento ante los testigos que respectivamente señalan, y sin necesidad ó sin intervención de notario, si el testador se hallare en peligro inminente de muerte ó en caso de epidemia; y que comprendiendo ambos casos de excepción, se

- (1) Sent. 31 Diciembre 1904.
- (2) Sent. 1.º Febrero 1907.
- (3) Ídem íd.
- (4) Sent. 1.º Febrero 1907.

establece en el art. 702 que *se escribirá el testamento, siendo posible, y no siéndolo, el testamento valdrá, aunque los testigos no sepan escribir* (1).

Después de fijar el art. 686 del Código civil el caso especial en que su aplicación es lícita, ó sea el de que no pudiera identificarse la persona del testador en la forma antes mencionada, previene que se declare esta circunstancia por el notario que autorice el testamento, cuya formalidad, tanto más esencial cuanto que la declaración notarial exigida por dicho precepto legal se refiere á la causa que permite testar del modo supletorio que el mismo establece, no puede reputarse cumplida con la mera expresión de que los testigos instrumentales desconozcan al testador, pues con ello tan solamente se consigna una de las varias circunstancias que determinan la necesidad de que se haga dicha declaración (2).

Para testar válidamente ante notario cuando éste y dos de los testigos instrumentales no conozcan al testador, es preciso que se identifique la persona del último por medio de otros dos testigos, en la forma prescrita por el art. 685 del Código civil, ó que, en el caso de no ser esto posible, se observen las formalidades establecidas para tal eventualidad en el 686 (3).

El Código civil dispone en los arts. 685 y 687, relativos á la forma de los testamentos, que el notario y dos de los testigos que los autoricen deberán conocer al testador, y si no lo conocieren, se identificará su persona con dos testigos que la conozcan y sean conocidos del mismo notario y de los testigos instrumentales, procurando uno y otros asegurarse de que, á su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar, siendo nulo el testamento en que no se hayan observado estas formalidades, entre otras (4).

Los arts. 694, 695 y 699, acerca del testamento abierto, establecen, además, de otras circunstancias, que deberá ser otorgado ante notario hábil y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, redactándose el testamento con arreglo á lo que exprese ser su última voluntad, con determinación del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento, leyéndose en alta voz, para que el testador manifieste su conformidad ó disconformidad, haciéndose constar siempre por el notario que, á su juicio, se halla aquél con la capacidad legal necesaria; y practicándose en un solo acto todas las formalidades, de cuyo cumplimiento, así como de conocer al testador y á los testigos, dará fe el notario al final del instrumento.

Cumplidos los precedentes requisitos, la circunstancia de no expresarse que un testamento fuese leído en alta voz, como debe inferirse que el notario realizaría la lectura para que se enteraran los que con su firma habían de autorizar el documento, no es bastante para invalidarlo (5).

El art. 695 del Código reformado, no varía substancialmente el sentido de la anterior, puesto que sólo se propuso dar mayor claridad á sus términos para

- (1) Sent. 16 Febrero 1891.
- (2) Sent. 31 Mayo 1893.
- (3) Ídem íd.
- (4) Sent. 6 Abril 1896.
- (5) Sent. 6 Abril 1896.

adecuarlos más á la práctica del otorgamiento en dichos actos, siéndole consiguientemente aplicable la misma doctrina (1).

El art. 695 del Código civil exige, entre otros requisitos, para la validez del testamento abierto, que el notario haga siempre constar que, á su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgarlo, sin que sea necesario, según tiene ya declarado el Tribunal Supremo, que esta importante manifestación del notario se consigne en párrafo separado y con las palabras precisas é insustituibles de *á su juicio*, bastando que de cualquier otro modo, ó con locución distinta, exprese clara y evidentemente su parecer ú opinión respecto á la capacidad legal del testador para otorgar testamento (2).

El núm. 3.º del art. 681 del Código civil exige que los testigos en los testamentos sean vecinos ó estén domiciliados en el lugar del otorgamiento, debiendo entenderse por domicilio, según declara el art. 40 de dicho Código, el lugar de la residencia habitual. Con estos preceptos concuerda la doctrina establecida de que para apreciar la capacidad de los testigos de un testamento no ha de atenderse á las disposiciones de la ley Municipal, sino á las de las leyes civiles, bastando que una persona resida habitualmente en la localidad para que pueda ser testigo de un testamento.

Si bien esta doctrina se sentó con relación á las antiguas leyes que no hablaban de los domiciliados, el Código vigente los define y equipara á los vecinos para los expresados efectos legales (3).

Según el art. 699 del Código civil, el notario debe dar fe al final del testamento de haberse cumplido las formalidades establecidas (4).

Al permitir el párrafo 2.º del art. 682 del Código civil, por vía de excepción al precepto prohibitivo contenido en su párrafo 1.º, que los legatarios y sus parientes sean testigos del testamento en que se instituyere el legado, si éste consiste en algún objeto mueble ó cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario, no establece regla alguna que determine el límite dentro del cual deba contener el testador su liberalidad para que la intervención del testigo en su testamento sea valedera y eficaz (5).

Según disposición de los arts. 685 y 686 del Código civil, cuando el testador no sea conocido del notario y de dos, por lo menos, de los testigos instrumentales, es preciso que la persona del testador se identifique por medio de otros dos testigos conocidos del notario y de aquéllos, y que cuando esto no pueda verificarse, debe declararlo expresamente el notario y proceder á reseñar los documentos que el testador presente y su persona, á fin de que el interesado en sostener la validez de tal testamento pueda ser admitido á probar la identidad del testador, si el testamento fuese impugnado; y que faltando estas solemnidades es nulo el testamento, á tenor del art. 687 (6).

Si bien con arreglo al art. 685 del Código civil deben, así el notario como

- (1) Sent. 18 Junio 1896.
- (2) Sent. 24 Diciembre 1896.
- (3) Sent. 17 Noviembre 1898.
- (4) Sent. 14 Julio 1899.
- (5) Sent. 4 Noviembre 1899.
- (6) Sent. 1.º Junio 1901.

los testigos del testamento, procurar asegurarse de que, á su juicio, tiene el testador la capacidad necesaria para testar, ese deber se cumple cuando el notario y los testigos conocen de antemano al testador, y el primero da fe de hallarse éste en la integridad de sus facultades mentales, según había observado el mismo notario y había hecho observar á los testigos instrumentales; porque aun siendo, como es, defectuoso ese modo de expresar el pensamiento, aparece con la suficiente claridad expresado que todos ellos, con conocimiento del testador, habían formado, por observación propia, el juicio de hallarse con capacidad mental para ordenar su última voluntad (1).

Para cumplir el art. 695 del Código civil, en cuanto exige que se exprese el lugar donde se otorgue el testamento, basta expresar el nombre de la población sin necesidad de consignar el sitio ó paraje de la misma en que el acto se verifique, porque sobre no exigir la ley tales detalles, de suyo accidentales, entiéndese por regla general en Derecho como cosas sinónimas, población y lugar, para todos los efectos legales (2).

Según tiene declarado el Tribunal Supremo, el art. 21 de la ley del notariado no introdujo novedad alguna respecto á las cualidades que habían de concurrir en los testigos de los testamentos, ya que el art. 29 expresamente ordena que lo dispuesto en cuanto á la forma de los instrumentos y al número y cualidades de los testigos, no es aplicable á dichos testamentos.

Por ello, no pudiendo estimarse como ampliación á las circunstancias de tales testigos las que en la citada ley se establecieron, ni siendo, por tanto, motivo de nueva incapacidad para los mismos el hecho de ser escribientes ó amanuenses del notario autorizante cuando las disposiciones testamentarias se otorgan, es ocioso, para resolver sobre la validez de un testamento del que anteriormente al Código civil, fueron testigos los escribientes del notario autorizante, determinar el sentido y alcance de los vocablos criado y dependiente, ya en relación al art. 70 del Reglamento de 1874, ya en orden al 600 de la ley procesal. Observando esta doctrina no se infringe el art. 681 del Código civil (3).

No reúne un testamento las condiciones que la ley requiere para su validez, cuando no se observan en su otorgamiento, según su naturaleza, todas las necesarias, con arreglo al art. 694 del Código civil; tal sucede siendo uno de los tres testigos instrumentales amanuense del notario, y como tal no idóneo por prescripción del art. 681, núm. 8.º, sin que desvirtúe esta falta la circunstancia de no resultar bien comprobado que cobrase salario por tal servicio ó viviese fuera de la casa del notario, porque el referido cuerpo legal, el único aplicable en materia de testamentos, no restringe en forma alguna aquella condición ó falta de idoneidad, no siendo, por otra parte, aplicable estrictamente la doctrina de la sentencia de 8 de Junio de 1904, porque para declararla hubo que tener en cuenta la legislación foral especial aplicable en Cataluña, así como tampoco puede entenderse subsanado tal defecto en los testamentos por la presencia

- (1) Sent. 30 Septiembre 1901.
- (2) Idem id.
- (3) Sent. 4 Enero 1906.

accidental de otra persona, que no figura como testigo instrumental en las condiciones requeridas por la ley (1).

La apreciación hecha en conjunto por la Sala sentenciadora de los medios de prueba aportados al juicio, declarando por su resultado plenamente probada la residencia habitual de un testigo testamentario en el lugar de un testamento el día del otorgamiento de éste, obsta en absoluto, á la estimación de la infracción de los arts. 40, 687 y 681 del Código civil, el último relacionado con el 11 y el 12 de la ley Municipal, por el fallo absolutorio de la demanda de nulidad de un testamento, fundado en el supuesto hecho de no ser dicho testigo vecino del citado lugar (2).

Como únicas excepciones de la regla general establecida en el art. 694 del Código civil, en cuanto á la forma en que debe otorgarse el testamento abierto, se dispone en los arts. 700 y 701 que puede hacerse ante los testigos que respectivamente señalan, y sin necesidad de notario, cuando el testador se hallare en inminente peligro de muerte, ó en caso de epidemia; y que comprendiendo ambos casos de excepción, se dispone en el art. 702 que se escribirá el testamento, siendo posible; y cuando esto se realice, es indudable que debe hacerse expresión, en una ú otra forma, de todos los testigos concurrentes como tales al otorgamiento; circunstancia integrante y condición esencial, como tiene declarado el Tribunal Supremo, de los testamentos escritos, cuyo cumplimiento no pueden excusar las mayores facilidades concedidas por la ley para el otorgamiento de las mencionadas disposiciones testamentarias (3).

Es doctrina legal, sancionada por la jurisprudencia, la de que no basta que sea conocida la voluntad del testador para que surta efecto de disposición testamentaria, sino que es preciso que aparezca expresada en alguna de las formas y con los requisitos esenciales que en cada testamento han de concurrir, sin que sea lícito prescindir de ninguno de dichos requisitos, siendo uno de ellos, en el testamento abierto, que se haga ante notario y tres testigos idóneos, de cuya condición carecen los menores de edad, según previene el art. 681, núm. 2.º, del Código civil, y en su consecuencia, cuando alguno de ellos no ha llegado á la mayor edad, el testamento en que interviene es nulo, á tenor de lo dispuesto en el art. 687 del mencionado cuerpo legal (4).

En el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Noviembre de 1889, se trataba de un testigo tenido como mayor de edad en posesión de semejante estado, al que sólo faltaban pocos meses para cumplirla, y en quien concurrían otras especiales circunstancias que se expresan, para que dicha posesión de estado produjera, respecto de los que en concepto de ser mayor de edad requirieran su testimonio, el mismo efecto que si la hubiese cumplido (5).

Si bien el art. 1.217 del Código civil, referente sólo á los documentos públicos que puedan servir de prueba á las obligaciones, establece que en los docu-

- (1) Sent. 21 Enero 1907.
- (2) Sent. 19 Abril 1907.
- (3) Sent. 8 Noviembre 1907.
- (4) Sent. 30 Noviembre 1908.
- (5) Idem id.

mentos autorizados por notario público regirán las disposiciones de la Legislación Notarial, refiriéndose exclusivamente á los actos *inter vivos* los artículos 21 de la ley y 70 del reglamento del Notariado, es indudable que no pueden aplicarse á los testamentos especialmente regidos por las prescripciones de dicho Código, según ya tiene declarado este Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de Enero de 1907 (1).

Esto establecido, siendo la única regla aplicable respecto á la idoneidad de los testigos instrumentales la del art. 681 del repetido Código, la prohibición que se refiere á los amanuenses del notario autorizante ha de entenderse con carácter absoluto y sin restricciones de ninguna especie, tanto porque así resulta de los términos claros y precisos del referido texto legal en su núm. 8.º, como por tener declarado este Tribunal en la sentencia antes citada que la circunstancia de no estar bien comprobado que dichos auxiliares cobren salario ó vivan fuera de la casa del Notario, no desvirtúa su falta de idoneidad (2).

10. EFICACIA Ó NULIDAD DEL TESTAMENTO ABIERTO. — La formalidad de la escritura, de la que no cabe prescindir sino en el caso extremo de imposibilidad material, tiende á impedir que pueda falsearse la voluntad del testador con arreglos ó confabulaciones ulteriores, dando al acto del otorgamiento mayores garantías, y que en tal concepto la falta de ese importante requisito no puede menos de afectar á la validez del testamento, toda vez que, según prescribe el art. 687 del Código civil, será nulo el otorgado sin observarse las formalidades respectivamente establecidas en todo aquel capítulo (3).

Limitándose el notario que autoriza un testamento á consignar que los testigos instrumentales desconocían á la testadora, sin hacer declaración alguna respecto á la imposibilidad de identificarla en la forma prevenida por el art. 685 del Código civil, y habiéndose omitido por ello una de las formalidades requeridas en tal caso por el art. 686, es manifiesta la nulidad del mismo testamento, al tenor de lo prescrito en el 687, cuyos preceptos resultan infringidos al declararse su validez (4).

No puede producir el efecto de invalidar el testamento abierto, la falta de no haber dado fe el notario de haberse cumplido todas las formalidades prevenidas en la sección 5.ª, cap. 1.º, lib. III del Código, cuando la da del convencimiento y cualidades del testador, y resulta, además, que dichas formalidades se han observado (5).

El defecto de que el notario no haya hecho constar que, á su juicio, el testador se hallaba con la capacidad necesaria, como debe expresarse siempre, con arreglo al art. 695, no entraña la nulidad del testamento, cuando, siquiera como inciso, se consigna en la primera parte de aquél que al notario y testigos *parecía* que el testador tenía la integridad de sus facultades intelectuales y la capacidad legal, añadiendo, al final del documento, que éste era el juicio de los testigos; pues la ley no exige que la mencionada importante manifestación se haga en

- (1) Sent. 11 Enero 1910.
- (2) Idem id.
- (3) Sent. 16 Febrero 1891.
- (4) Sent. 31 Mayo 1893.
- (5) Sent. 6 Abril 1896.

párrafo especial y con las palabras precisas é insustituibles, á su juicio, porque esta locución ó frase equivale á la de su opinión, á su parecer, en su sentir (1).

No infringe el art. 1.218 del Código civil la sentencia que no desconoce la fuerza probatoria de un testamento, sino que declara nulo el acto por falta de solemnidades que afecta á su validez, con arreglo al art. 687.

En este caso, si el notario autorizante del testamento, aunque citado al pleito sobre nulidad, no fué parte en él, no cabe hacerse efectiva en el juicio la responsabilidad que establece el art. 705 del Código civil (2).

Declarando la Sala sentenciadora no haberse observado en el testamento las solemnidades que requiere el Código en la sección 5.^a, cap. 1.^o, de su lib. III, que no se hace en aquél más que una insignificante é insuficiente indicación de su lectura, y que no se expresa que el testador se enterara de su contenido y le prestara su conformidad, de estas afirmaciones, si el recurrente no las impugna en forma, se deduce que, estimando la Sala la acción de nulidad de testamento, no infringe el citado art. 695 (3).

Si bien á tenor de lo dispuesto en el art. 687 del Código civil, será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas, se impone, según regla de su criterio, dada la naturaleza y significación de aquél, tener en cuenta la índole de dichas formalidades para seguir, con relación á su trascendencia, el límite dentro del cual puede conceptuarse cumplida, armonizando así la voluntad conocida de un testador con los requisitos externos de su expresión.

De conformidad con este criterio, cuando se trata de las condiciones del testigo de un testamento, si la persona que como tal figura ha intervenido, atribuyéndose el carácter de domiciliado en el lugar del otorgamiento y existe fundamento racional para que, tanto el notario autorizante como el testador y demás testigos, puedan y deban reconocer la cuestión de dicho carácter, no es lícita, á no ser *a posteriori*, cualquier duda sobre éste en sentido contrario y desfavorable, porque no tratándose de derecho personalísimo del testigo, sino de interés capital transmisible á tercero, no sería justo resolverlo así en contra de quienes se propusieron y creyeron ajustarse á la ley, siendo tanto más obligado este criterio, cuanto que las circunstancias personales de los testigos pueden variar según los casos, demostrando esto que tal formalidad, aunque esencial, no es de las de mayor importancia, á cuyo criterio se ajusta la sentencia de 21 de Noviembre de 1899.

En el caso del presente recurso, como el testigo Faustino Rodríguez Collazo no sólo no aparece inscrito como vecino en término municipal distinto del en que fué otorgado el testamento, sino que, según estimación del mismo Tribunal sentenciador, está tenido como vecino de Vigo, cuya población frecuentaba asiduamente, por estar interesado en un establecimiento industrial de dicha población, y que la casa donde vivía se hallaba situada en un barrio que es prolongación de aquel donde moraba el testador, es manifiesto, por lo antes expuesto, que pudo el notario y el mismo testigo Rodríguez Collazo reputar á

(1) Sent. 6 Abril 1906.
(2) Sent. 14 Julio 1899.
(3) Idem id.

éste vecino de Vigo, aunque habitase una casa enclavada en término municipal diferente, ya por razón de la proximidad, ya por la habitualidad con que iba á Vigo, ya por aparecer estar interesado en un establecimiento industrial de esta población; de todas suertes, por no constituir esto un caso de notoria falta de idoneidad del testigo, y por haber sido otorgado el testamento en el concepto de que los tres que concurren al acto eran igualmente capaces, no puede perjudicar á su validez la situación dudosa en que aquél se encontraba respecto de su vecindad, puesto que no hay incompatibilidad para que un domiciliado, por razón de residencia, caracterizada por un establecimiento industrial en que se halla interesado, pueda vivir en casa perteneciente á otro distrito, cuando, además, es explicable el hecho, como en el caso presente, por las razones antes indicadas.

Por todo lo expuesto, son de estimar las infracciones citadas en los dos motivos del recurso, pues aun cuando no fuese suficiente el hecho de que Faustino Rodríguez Collazo venía pagando como industrial la contribución correspondiente, para reputarle en tal concepto domiciliado y residente habitual de Vigo, no venía conforme con el sentido y espíritu de la ley y razón de la idoneidad exigible por éste á los testigos en cuanto á su vecindad y domicilio, que no es otro que la de garantizar la resolutive voluntad del testador y á la dicha cualidad por unas dudas que pudieran surgir de hallarse su casa morada en barrio de distinta finca municipal, cuando ni en él no aparece como elector ni elegible, ni figura en el repartimiento de Consumos, y cuando, por otra parte, fué aceptado su testimonio como tal vecino con fundada razón legal, á tenor de lo dispuesto en el art. 40 del Código, de cuyo contexto se desprende que la habitual residencia es compatible con facultad distinta para los efectos determinados en dicho artículo con relación á las condiciones de los testigos, según el caso 3.^o del art. 681 (1).

§ 3.^o

Explicación.

11. Este testamento, como acto *público*, lleva consigo en principio la ventaja de un manifiesto carácter de *autenticidad*, y constituye la forma más relativamente fácil y segura de testar de aquellas personas que no sepan ó no puedan escribir; caso este último, en general, en que se encuentran aquellos que padecen repentinas y graves enfermedades y necesitan proveer á la disposición de sus bienes por causa de muerte, ante el peligro de que ésta sobrevenga.

Cualquiera indicación relativa á su concepto y á su comparación con las otras formas de testar, y principalmente con el testamento privado ú ológrafo, ya resulta hecha de cuanto va dicho en lugares anteriores de este volumen (2).

(1) Sent. 30 Abril 1909.
(2) Núms. 13 á 21, cap. 6.^o, y núms. 17 á 25, cap. 7.^o de este to. no.